Globethics Repository



Justicia constitucional y articulación constitución-rebelión en el neoconstitucionalismo latinoamericano [Constitutional justice and constitution-joint rebellion in Latin neoconstitutionalism]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Noguera, Albert
Publisher	Centro Dr. Martin Luther King
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-16 10:35:25
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/213214

Justicia constitucional y articulación constitución-rebelión en el neoconstitucionalismo latinoamericano

Por Albert Noguera

Los objetivos de este trabajo son, básicamente, tres. En primer lugar, entender cómo un constitucionalismo transformador o revolucionario únicamente puede existir si se construye alrededor de una relación continua y dinámica entre los conceptos de "constitución" y "rebelión". En segundo lugar, ver, a vuelo de pájaro, la evolución histórica de la relación entre estos dos conceptos en la evolución del constitucionalismo. Y, en tercer lugar, ver la plasmación de esta relación en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, especialmente en las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), concretamente en el campo de la justicia constitucional. El artículo hace referencia a cómo, durante las últimas décadas, las nuevas constituciones surgidas en la América Latina frutos de los procesos de cambio político, han incorporado novedosos mecanismos de articulación entre constitución y rebelión, o democratización de la justicia constitucional, que permiten empezar a recuperar el modelo, propio del constitucionalismo originario, de control y ejecución populares de la constitución.

Constitucionalismo y revolución: la articulación constitución-rebelión.

Un constitucionalismo que persiga iniciar un proceso revolucionario de emancipación sólo puede existir si se construye alrededor de una relación continua y dinámica entre los conceptos de "constitución" y "rebelión".

Se puede afirmar que toda revolución o democracia emancipatoria persigue como objetivo iniciar un proceso constituyente de transición hacia la liberación, o lo que es lo mismo, iniciar un proceso constituyente de transición hacia la desaparición del poder, por tanto, hacia el autogobierno popular y la desaparición de la dominación. Que un proceso revolucionario consiga este objetivo, el éxito de la revolución, depende, principalmente, de la temporalidad del acto revolucionario.

Una revolución no puede conseguir su objetivo democrático si se otorga a sí misma una temporalidad plasmada en un inicio y un fin (constitución como estructuración y contenido ético de poder), sino que, únicamente puede lograrlo si se otorga a sí misma una temporalidad infinita (constitución como emancipación).

Constitución como estructuración y contenido ético de poder

No podrá conseguir su objetivo la visión de la revolución que conciba la relación entre los términos constitución y rebelión a modo de secuencia temporal, es decir, una visión en que se percibe que la rebelión es necesaria para derrocar el viejo régimen, pero cuando este es derrotado y se conforman el nuevo poder y la nueva constitución, la rebelión debe terminar. A partir de este momento pasa a contemplarse el nuevo poder y la nueva constitución con veneración y como nuevo principio de legitimidad de algo inmutable.1

Esta visión de la revolución como periodo históricoconcreto con inicio y fin no puede nunca llevar a la revolución a cumplir su objetivo. Primero, porque con el paso del tiempo todo poder se desgasta y deja de ser revolucionario, ya sea por los enemigos internos o externos, o por agotamiento. Y segundo, porque este modelo implica un cambio en la clase social que ejerce el poder, pero no una eliminación del poder y la dominación.

Constitución como emancipación

En cambio, sí podrá conseguir su objetivo aquella visión de la revolución que conciba la relación entre los términos rebelión y constitución a modo de relación dinámica y continua. La acción revolucionaria se desarrolla sin parar, reabriendo continuamente el proceso constitucional. Thomas Jefferson, en sus cartas sobre la rebelión de Shays, decía que "la única manera de ser fiel a la revolución es repetirla constantemente".2 Por tanto, no existe un inicio y un final del proceso revolucionario, sino una sucesión repetida e infinita de transformaciones, una revolución permanente.

Esta visión sí puede llevar a la revolución a cumplir su objetivo, pues en la medida que crece la revolución que se practica, crece también la revolución a la que se aspira, y así hasta llegar al horizonte de la liberación y el autogobierno popular.

Entonces, si partimos de la idea de que una revolución democrática sólo puede conseguir sus objetivos emancipatorios uniendo en una relación continua y dinámica los conceptos de constitución y rebelión, hay que conseguir establecer los mecanismos para poder garantizar tal relación. Eso significa que toda constitución que se quiera a sí misma revolucionaria y auténticamente democrática, no sólo debe estructurar poderes constituidos, sino también mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado.

Ejemplos de mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado constitucionalizados son el derecho a la resistencia, la huelga política, la desobediencia civil colectiva, formas de veto ciudadano sobre las decisiones del gobierno, etc. Fijémonos que aquí entiendo rebelión o resistencia no como el derrocamiento del gobierno, sino como la oposición a normas jurídicas gubernamentales, tanto con una función de garantía constitucional como de lucha política.

Los mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estados como elemento articulador de esta relación continua e indisoluble entre rebelión y constitución es algo que se encuentra ya en los orígenes mismos del constitucionalismo moderno. A finales del siglo XVII, y de la mano de John Locke con su obra Dos tratados sobre el gobierno civil, la rebelión contra la autoridad aparece ya como una de las cuatro ideas que distinguieron en sus orígenes al constitucionalismo.3

Estas cuatro ideas resultan trasladadas luego a las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y la francesa. Mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado, como el derecho a la resistencia, aparecían ya en la Declaración de Independencia norteamericana o en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como en muchas otras constituciones nacidas al calor de aquellas dos revoluciones.

En consecuencia, la relación constitución-rebelión es, desde sus orígenes, inherente al concepto de constitucionalismo.

Sin embargo, luego de haber figurado desde sus orígenes como uno de los conceptos centrales de la noción de constitucionalismo, estos mecanismos comenzaron a desaparecer del constitucionalismo moderno. Son muchos los factores que pueden contribuir a esta explicación. Uno de ellos fue el pánico que producían en el liberalismo burgués, lo que explica que los ideólogos liberal-burgueses emprendieran una operación de cancelación de los mismos.

Articulación constitución-rebelión y justicia constitucional

Una de las esferas en las que se manifestó con mayor claridad en los inicios del constitucionalismo el ejercicio de esta articulación continua y dinámica entre constitución y rebelión fue en el control o la revisión de la constitucionalidad. El control de la constitucionalidad sobre los actos legislativos del parlamento o el gobierno no era, en sus orígenes, ni en los Estados Unidos ni en Francia, ejercido por jueces o tribunales, sino directamente por el pueblo.4

Esta situación empezó a cambiar, especialmente en los Estados Unidos, durante las primeras décadas del siglo XIX, y la revisión judicializada de la constitucionalidad, en la que los jueces tienen el monopolio de la interpretación y la aplicación de la constitución, se consolidó en el mundo entero en el siglo XX. Con esta concepción judicializada, y sin intervención de los ciudadanos, del control de la constitucionalidad, resurge el clásico debate acerca de la contradicción entre justicia constitucional y democracia,5 replanteado a mediados del siglo XX por Alexander Bickel.6

Sin embargo, durante las últimas décadas, las nuevas constituciones surgidas en la América Latina, fruto de los procesos de cambio político que se han producido, especialmente en Venezuela, Bolivia y Ecuador, han llevado a cabo una reconceptualización de las bases y las prácticas de varias instituciones constitucionales, entre ellas la justicia constitucional, con el fin de restablecer la citada articulación dinámica y continua entre los conceptos de constitución y rebelión, procediendo, por tanto, a una democratización de la misma y al restablecimiento de un modelo de justicia constitucional popular.

Neoconstitucionalismo andino y superación de la contradicción entre justicia constitucional y democracia

Las novedades que en materia de control de constitucionalidad aportan las nuevas constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), con respecto al modelo de constitucionalismo tradicional, se manifiestan, básicamente, en los siguientes elementos:

El modelo de justicia constitucional tradicional lo podemos caracterizar en dos aspectos a partir de su carácter antidemocrático: – El déficit democrático del proceso de activación del control de constitucionalidad – El déficit democrático del órgano encargado de llevar a cabo el control de la constitucionalidad (jueces, tribunal constitucional o corte suprema). Al mismo tiempo, podemos caracterizar el modelo de las nuevas constituciones latinoamericanas a partir de otra nota, que es la democratización de la justicia constitucional, que se manifiesta en: – una democratización del proceso de activación del control de constitucionalidad; – una democratización del órgano encargado de ejercer este control.

El proceso de activación del control de constitucionalidad

Siguiendo la lógica de la delegación del ejercicio del poder en los mecanismos abstractos de la tecnocracia y la partidocracia, a través de la representación, y concretamente, de la delegación de la función de control sobre el poder a través de la tripartición de poderes, en el constitucionalismo clásico los actores legitimados activamente para ejercer y activar el control de constitucionalidad sobre las normas emanadas de alguno de los poderes del Estado (poder legislativo o poder ejecutivo - decretos) son los otros poderes, no los ciudadanos. En el caso español, por citar sólo un ejemplo, según el artículo 162.17 y el 1638 de la Constitución de 1978: – sólo el poder ejecutivo (estatal o autonómico) y el poder judicial podrán activar, mediante interposición de recurso o cuestión de inconstitucionalidad, el control de constitucionalidad contra las normas emanadas del poder legislativo; – sólo el poder legislativo (estatal o autonómico) y el poder judicial podrán activar, mediante interposición de recurso o cuestión de inconstitucionalidad, el control de constitucionalidad contra las normas emanadas del poder ejecutivo.

Este es el motivo por el que hablo de un déficit democrático del proceso de activación del control de constitucionalidad.

En contraposición a este modelo, las nuevas constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia han introducido múltiples mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado que puede usar el pueblo con el objetivo de sostener su voluntad constituyente (activación del control de constitucionalidad) frente a intentos de subversión de la misma por parte de los que, habiendo asumido el poder, actúen contra la Constitución, o de los que desde el enfrentamiento al régimen pretendan violar la soberanía popular. En este sentido, podemos diferenciar entre mecanismos institucionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado en defensa de la voluntad constituyente (o de activación del control de constitucionalidad) y mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado en defensa de la voluntad constituyente (o de activación del control de constitucionalidad).

Mecanismos institucionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado en defensa de la voluntad constituyente

Como ya he mencionado, a la aparición en el siglo XVIII de la representación política, expresada en el parlamentarismo, le siguió la tripartición de poderes como sistema de autocontrol del poder, ejercida de manera separada del pueblo, mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado.9 Ante este esquema, el establecimiento de una constitución democrática que organice mecanismos populares de control de cumplimiento de la voluntad constituyente requiere de la creación de instrumentos, también institucionales, para esta función.

En este sentido, las últimas constituciones latinoamericanas —la venezolana (1999), la ecuatoriana (2008) y la boliviana (2009)— rompen la estructura tradicional del Estado liberal basada en la tripartición de poderes y crean una estructura de cinco poderes. Además de los tres tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial), estas constituciones crean el poder electoral y un poder de ciudadanos para ejercer el control, que toma el nombre de Poder Ciudadano en la Constitución de Venezuela (Título V, Capítulo IV), Poder de Transparencia y Control Social en la ecuatoriana del 2008 (Capítulo V. Titulo IV “Participación y organización del poder”), y Función de Participación y Control Social en la boliviana del 2009 (artículos 241 y 242).10

De ellas, seguramente, es la Constitución ecuatoriana de 2008 la que mayor desarrollo ha alcanzado. Esta función se conforma como una función independiente y autónoma a nivel funcional, administrativo y financiero, respecto de los poderes del Estado, que integra y desarrolla su actividad sobre la base del principio de control por parte del pueblo sobre la actividad de los órganos estatales, los cargos públicos electos y los funcionarios (artículo 204).11 El órgano principal de la Función de Transparencia y Control Social es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, instancia conformada por siete consejeros principales y siete suplentes, elegidos de entre los postulantes propuestos por las organizaciones sociales y la ciudadanía según concurso público de oposición y méritos, con veeduría y derecho de impugnación ciudadana, organizado por el Consejo Nacional Electoral (artículo 207). Sus principales funciones son luchar contra la corrupción; establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social; investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten la participación ciudadana o generen corrupción; emitir informes que determinen la existencia de indicios de irresponsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan; actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones; solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos; organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales, etc. (artículo 208). Además, también corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designar a las autoridades encargadas de la defensa de los derechos de la ciudadanía y ejercer control sobre los órganos estatales, cargos públicos y funcionarios.12

Estas formas contemporáneas de enfrentamiento ciudadanos-Estado suponen la superación de la citada figura de la tripartición de poderes como sistema de autocontrol del poder, ejercido independientemente del pueblo, mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado y, como hemos señalado antes, el establecimiento, mediante la creación de un tipo de poder popular autónomo no vinculado a los límites de la estructura de la tripartición de poderes, con capacidad de control democrático y revisión de constitucionalidad sobre los gobernantes.

Mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado en defensa de la voluntad constituyente

Los mecanismos jurisdiccionales de activación popular del control de constitucionalidad establecidos por las nuevas constituciones latinoamericanas son:13

a) La acción ciudadana de inconstitucionalidad: el mecanismo jurisdiccional mediante el que se ejerce la función de dirigirse al tribunal constitucional para exigirle que controle el cumplimiento de la Constitución por parte de los poderes públicos ha sido, tradicionalmente, el recurso de inconstitucionalidad.

A diferencia del constitucionalismo liberal clásico, en el que, como he señalado, la legitimidad activa para interponer recurso de constitucionalidad contra los actos de un poder reside sólo en los otros poderes, las constituciones de Colombia (1991), Venezuela, Ecuador y Bolivia empiezan a otorgar legitimidad activa a cualquier ciudadano, o incluso a sujetos colectivos (pueblos indígenas, organizaciones populares, etc.), para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los actos del poder,

conformándose este recurso como un mecanismo de enfrentamiento directo ciudadano-Estado para asegurar el respeto y el cumplimiento de la voluntad constituyente.

El primer antecedente de la legitimación activa universal para interponer esta acción lo encontramos en el siglo XIX, en Colombia, en la “acción ciudadana” de inconstitucionalidad instaurada por la Ley Orgánica de Administración y Régimen Municipal del 22 de junio de 1850, que podía emplearse contra las ordenanzas y los acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales.14 Ya en el siglo XX, constituciones como la brasileña de 1988 permitieron presentar recursos de inconstitucionalidad a los sindicatos y partidos políticos (artículo 103), aunque no a las personas individuales. Asimismo, en Perú, según la constitución de 1993, pueden interponer recurso de inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado (artículo 203.5); pero, en ningún caso, un solo ciudadano. No es hasta las últimas décadas que las constituciones aprobadas en la región contemplan ya la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.

La Constitución colombiana de 1991, en sus artículos 241 y 242, otorga la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer acción de inconstitucionalidad y solicite la nulidad de las normas legales dictadas por el legislador infraconstitucional que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución.15

En Venezuela, si bien la Constitución de 1999 no especifica a quién corresponde la legitimidad activa para interponer acción de inconstitucionalidad, el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga legitimación activa a “toda persona natural o jurídica” para presentar esta acción. Aunque el artículo exige que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, ello no debe entenderse de manera estricta. La propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en Sentencia número 1077 del 22 de agosto de 2001, ha señalado que “cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley”.16 Con ello, cualquier ciudadano con plena capacidad jurídica puede intentar el recurso de inconstitucionalidad.

En Ecuador, a pesar de que la Constitución de 1998 permitía la posibilidad de interposición de recurso de inconstitucionalidad por parte de cualquier persona “previo informe favorable del defensor del pueblo sobre su procedencia” o de mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, la nueva Constitución de 2008 elimina estas limitaciones y adopta el sistema de acción popular, de forma que la acción puede ser propuesta por cualquier ciudadano individual o colectivamente de forma directa, es decir, sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo (artículo 439).17

Y, finalmente, en Bolivia, si bien con la anterior Constitución de 1967 sólo podían interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, un senador o diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo (artículo 120.1), la nueva Constitución de 2009 reconoce ya, en su artículo 132, la posibilidad de que “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad”.

b) Otros mecanismos: acción de cumplimiento y acción de inconstitucionalidad por omisión. La vulneración de la voluntad constituyente no sólo puede producirse mediante la promulgación de una norma legal contraria a las disposiciones constitucionales, sino que también pueden haber distintas situaciones de omisión que impliquen vulneración de contenidos constitucionales. Esto tiene especial razón de ser en el caso de las últimas constituciones latinoamericanas que, a diferencia de las constituciones liberales clásicas, no sólo son textos formales articulados sobre dos ejes: la declaración de los derechos y la división de poderes, sino que son textos mucho más largos que establecen también, conjuntamente a los elementos anteriores, las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado.18

En términos generales, no ha sido hasta las últimas décadas del siglo XX que han empezado a aparecer en el constitucionalismo normas que atacan la vulneración de la Constitución por omisión y establecen acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan hacer frente a estas situaciones.

Estas acciones aparecen con el nuevo constitucionalismo latinoamericano Algunos de los primeros antecedentes fueron la Constitución de la provincia de Río Negro, Argentina, de 1988, que estableció en su artículo 207.2.d una acción a promover por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial y a los municipios. O la Constitución brasileña de 1988, que fijó, en su artículo 102, párrafo 1º, la “alegación de incumplimiento de un precepto fundamental”, que puede interponer cualquier persona directamente ante el Supremo Tribunal Federal (STF).19

Pero han sido las constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009 las que han previsto, de manera clara, acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan atacar la vulneración por omisión de la Constitución por parte de los poderes públicos.

Así, el artículo 93 de la Constitución ecuatoriana de 2008 prevé la "acción de incumplimiento", que puede interponer ante la Corte Constitucional cualquier persona individual o colectiva, con "el objeto de garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico… cuando la norma cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible". En el mismo sentido, la Constitución boliviana de 2009 reconoce en el artículo 134.I la legitimidad de cualquier persona individual o colectiva, u otra a su nombre con poder suficiente, de interponer, ante juez o tribunal competente, una "acción de cumplimiento". Esta acción procede, nos dice el texto, "en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida". Esta acción se tramita, señala la Constitución, de la misma forma que la acción de amparo constitucional (artículo 134.II).20

El órgano encargado de ejercer control de constitucionalidad

Una mirada a los mecanismos de nombramiento, en los distintos países, de los miembros de las cortes constitucionales o cortes supremas, nos permite ver que, en la práctica, los jueces constitucionales son elegidos, por los poderes políticos, tomando como criterios su ideología y su tendencia jurisprudencial. Ya sea en forma de nombramiento o proceso de elección, la selección de los jueces es, en gran parte de los casos, controlada por diversos órganos del poder político estatal, con una influencia significativa de la mayoría gubernamental.21 Estas formas de nombramiento o selección de los jueces constitucionales no son más que una respuesta institucional al hecho de que las cortes constitucionales juegan un rol crucial en una tarea política fundamental: sus decisiones no sólo tendrán fuertes consecuencias para el desarrollo de las normas constitucionales, sino también para las posibilidades de acción y los limites de los órganos políticos estatales en el desarrollo de sus políticas. Parece lógico, de acuerdo con estos criterios de nombramiento, que exista mayoritariamente una evidente falta de independencia política de las cortes.

Frente a este sistema, otra de las grandes novedades de las últimas constituciones, especialmente las de Ecuador y Bolivia, ha sido la introducción de mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

El artículo 198.I de la constitución boliviana de 2009 regula una composición del Tribunal Constitucional, de carácter mixto, acorde a la composición plurinacional del Estado,22 esto es, una composición paritaria de magistrados provenientes de la justicia ordinaria y magistrados provenientes de la justicia indígena. Pero además, otra de las novedades es, como decía, el régimen de elección de los magistrados. El artículo 199 establece que los magistrados se elegirán por sufragio universal según el procedimiento previsto para los miembros de la Corte Suprema de Justicia, regulado en el artículo 183.23

La ecuatoriana, si bien no reconoce el sufragio directo y universal para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, sí prevé mecanismos de participación ciudadana directa para la elección de los mismos. El artículo 343 establece la posibilidad de la Función de Transparencia y Control Social, integrada por representantes de la sociedad civil y las organizaciones sociales, de postular candidatos y participar en la comisión calificadora que elige los magistrados, a través de un proceso de concurso público con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.24 En el mismo sentido va la Constitución venezolana de 1999, que establece también la participación del Poder Ciudadano en la preselección de candidatos a presentar para su elección ante la Asamblea Nacional, así como la posibilidad de los ciudadanos de ejercer objeciones a cualquiera de los postulados.25

En este sentido, podemos hablar aquí también de una democratización del órgano que ejerce el control de constitucionalidad.

Conclusión

En resumen, vemos como en todos estos casos (Bolivia, Ecuador y Venezuela), las constituciones introducen mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado (articulación de los conceptos constitución-rebelión) en el campo de la justicia constitucional, que permiten una democratización tanto del sujeto con legitimidad para activar el control de constitucionalidad, como del órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad y, por tanto, permiten una relativa superación de la contradicción justicia constitucional-democracia derivada de la judicialización del control constitucional en el constitucionalismo tradicional.

.....

Notas:

1 Esta es la concepción planteada por Kelsen en su tesis de la revolución. Kelsen analiza el concepto de revolución relacionándolo con el de "norma fundante básica". A diferencia de una situación de normalidad en la que existe un orden jurídico —compuesto por una norma fundante básica de la que se derivan el resto (cadena normativa)— que tiene fijados como ámbitos de validez espacial y personal al conjunto de un territorio y sus habitantes, una revolución empezará cuando un grupo de personas de este territorio no reconoce la norma fundante básica ni el resto de normas del orden jurídico y las desobedecen, creando, por tanto, un nuevo y diferente orden normativo propio. Así pues, existirá un proceso revolucionario cuando convivan, en un mismo territorio, dos o más órdenes normativos contradictorios, con contenidos diversos y con ámbitos de validez espacial y personal distintos y variables, que luchan entre sí: uno por mantener intactos sus ámbitos de validez normativa con la misma efectividad anterior a la desmembración de ordenes normativos; y los otros, por imponerse y establecerse como norma fundante básica (constitución) de un nuevo orden jurídico válido en el futuro, momento en que se termina la revolución. Ver U. Schmill: Las

revoluciones. Teoría jurídica y consideraciones sociológicas, Trotta, Madrid, 2009, pp. 16-44.

2 M. Hardt: Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia, Akal, Madrid, 2009, p. 28.

3 Las otras tres ideas eran el carácter inalienable de ciertos derechos básicos, la idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados, y la noción de que el primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas. Ver R. Gargarella (ed.): El derecho a resistir el derecho, Miño y Dávila editores, Buenos Aires, 2005.

4 La propia revolución norteamericana fue un auténtico ejercicio popular, ejercido directamente por el pueblo, de control de constitucionalidad. Los norteamericanos tenían un concepto de derecho constitucional y una idea sobre la naturaleza de la constitución muy bien desarrollados, mucho antes de sentarse a escribir su propia constitución (Ancient Constitution). Durante el período colonial, la población norteamericana estaba plenamente familiarizada con estos principios constitucionales y convencida de su legitimidad y sabiduría. En ese contexto, una de las causas principales que llevó a los norteamericanos a iniciar su guerra de independencia contra los británicos fue su convencimiento de que estos los privaban de lo que entendían como sus derechos constitucionales. Los colonos presentaron sus quejas en términos legales y constitucionales, incluido el momento en que declararon su independencia, y se veían a sí mismos como los defensores de las antiguas libertades y de la constitución británica, frente a las maléficas y corrompidas autoridades imperiales. Fue una rebelión en defensa del concepto de constitucionalismo, un concepto que los norteamericanos no decidieron abandonar o repudiar una vez conseguida su independencia. Luego de la independencia, los mecanismos populares de control de constitucionalidad y el rechazo a la revisión judicial se mantuvieron hasta ya entrado el siglo XIX. Ver L. D. Kramer: The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review, Oxford University Press, Oxford, 2004.

5 En Francia, partiendo de la concepción rousseaniana según la cual la única libertad posible del individuo se lograba a través de la completa subordinación a la “voluntad general”, que aparecía como la expresión más alta de la soberanía del pueblo, en tiempos de la Revolución francesa, la Asamblea Legislativa Nacional quedó identificada como la depositaria de esa máxima autoridad. Ningún juez, desde entonces y durante mucho tiempo, pudo confrontar lo decidido en la Asamblea. La voluntad popular expresada en ley era la autoridad principal e incuestionable. Todos los proyectos constitucionales que siguieron inmediatamente después de la Revolución expresaron esta idea. La Constitución francesa de 1791 establecía que ningún otro poder podía interferir en la actividad del poder legislativo. El único control sobre el legislativo que terminó aceptándose, con la objeción de muchos, entre ellos Sieyes, fue la “facultad de veto suspensivo”, concedida al rey. No obstante, en los años siguientes, la política francesa se radicalizó, lo que se manifestó en la abolición de la monarquía y la proclamación de la república. El nuevo texto constitucional, la Constitución de 1793, que simbolizaba la Constitución jacobina por excelencia, eliminó en nombre del poder de la Asamblea Legislativa Nacional los pocos controles sobre el legislativo que habían quedado en la anterior Constitución. En coherencia con los criterios mencionados, la única forma de control sobre el legislativo que se estableció fue la “apelación directa a la voluntad popular”. El artículo 59 de la Constitución establecía: “cuarenta días después del envío de la ley propuesta, si en la mitad de los departamentos más uno, la décima parte de las asambleas primarias de cada uno de ellos, regularmente constituidas, no ha presentado reclamación, el proyecto es aceptado y se convierte en Ley”. El experimento constitucional de 1793 mostró rápidamente sus debilidades, al inaugurarse una época de terror político, lo que llevó a la necesidad de reformular la organización institucional del país. Sin embargo, las modificaciones adoptadas por la nueva Constitución de 1795 no modificaron algunos de los principios más importantes de la época: la necesidad de respetar la voluntad popular y la desconfianza hacia cualquier sistema de control no enraizado en aquella voluntad mayoritaria. Por tanto, también en la Revolución francesa la revisión judicial de constitucionalidad fue vista como un elemento antidemocrático. Ver R. Gargarella: La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Ariel, Barcelona, 1996.

6 Partiendo de la idea de que muchas de las decisiones que adoptan los tribunales constitucionales implican requerir hacer políticas públicas y establecer prioridades económicas presupuestarias a los gobiernos y, por tanto, tomar decisiones políticas, algunos autores han formulado la pregunta de si es constitucionalmente adecuado que los jueces adopten ese tipo de decisiones. ¿Están los jueces constitucionalmente legitimados, dado que en la mayoría de casos no han sido electos democráticamente, para tomar decisiones políticas? ¿O bien las decisiones de contenido político deberían corresponder al cuerpo político nacional, es decir, a los poderes legislativo y ejecutivo? Los tribunales, afirman estos autores, no tienen las competencias ni la legitimidad democrática para hacer juicios finales sobre temas políticos. Estas decisiones deberían dejarse al cuerpo político, el legislativo y el ejecutivo, que es quien tiene la legitimidad democrática. Además, el hecho de que los magistrados y jueces puedan revisar las decisiones tomadas por órganos democráticamente electos, como el Parlamento, es una vulneración de la democracia. Ver J. Waldron: Law and Disagreement, Clarendon Press, Oxford, 1999; P. Lenta: “Democracy, Rights, Disagreements, and Judicial Review”, South African Journal of Human Rights, no. 20, 2004, pp. 1-31.

7 A. Bickel: The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Yale University Press, New Haven, 1962.

8 Art. 162.1 Constitución española de 1978: “Están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”.

9 Art. 163 Constitución española de 1978: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

10 Ver J. Fernández Bulté: “Democracia y república. Vacuidades y falsificaciones”, Temas, no. 36, enero-marzo, La Habana, 2004, pp. 94-103.

11 Sobre los antecedentes de esta institución en el continente americano, de la mano del ideario constitucional de Bolívar, ver J.A. Fernández: “El tribunado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico”, Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005.

12 Artículo 204: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción…”

13 Concretamente, la primera autoridad de la Procuradoría General del Estado y de las superintendencias (designada de entre ternas presentadas por el Presidente de la República), de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, estos últimos designados “luego de agotar el proceso de selección correspondiente” (artículo 208).

14 Sobre ello, ver A. Noguera: Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 198-224.

15 Ver: J. Brage: La acción de inconstitucionalidad, UNAM México, 2000, pp. 60-61.

16 El art. 241.4 de la Constitución colombiana de 1991 establece: “Corresponde a la Corte constitucional: … decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”; y, el art. 242.1: “Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública”.

17 Caso “Servicio Tulio León Briceño”, Revista de Derecho Público, no. 83, Caracas, 2001, pp. 247 y ss.

18 Art. 439 Constitución Ecuador 2008: “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

19 Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 introduce novedades importantes en el titulo referente a las garantías constitucionales, entre ellas, el reconocimiento de “garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”. A diferencia de la mayoría de las constituciones, en las que las garantías se entienden ligadas a la función judicial, en el nuevo texto ecuatoriano esto no es así y estas van mucho más allá del ámbito judicial. La Constitución ecuatoriana de 2008 establece una clasificación de las mismas en tres grupos: garantías normativas (artículo 84); garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (artículo 85); y garantías jurisdiccionales (artículos. 86 al 94), con lo cual no sólo el poder judicial está obligado a hacer cumplir la Constitución, sino también el ejecutivo y el legislativo. Según las llamadas garantías normativas, establecidas en el artículo 84, cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los consejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligado a adecuar esa norma a la Constitución y desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, las disposiciones constitucionales. Por otro lado, otra de las novedades, no presente en otras Constituciones, es el Capítulo II (“Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”), el cual implica que la Constitución no sólo proclama derechos y directrices de orden económico, sino que establece también las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado. Consiguientemente, se establecen garantías no sólo para la protección de la violación por acción pública o privada de los derechos, sino también garantías para que los ciudadanos puedan obligar al Estado a que cumpla con las directrices constitucionales sobre políticas públicas que se convierten en los mecanismos para hacer realmente efectiva la voluntad constituyente expresada en la Constitución. Ver: A. Noguera. “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, Revista Vasca de Administración Pública, no. 83, IVAP, enero-abril, Oñate, País Vasco, España,
2009, pp. 125-126.

20 El artículo 102, párrafo 1º de la Constitución de Brasil de 1988, establece: “La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley”. Sin embargo, esta acción presentó desde su creación dos complicaciones que la han hecho totalmente ineficaz. La primera, la dificultad de la conceptualización de lo que significa la expresión “precepto fundamental derivado de esta Constitución”. En cuanto a “precepto fundamental”, J.A. da Silva señala que ello abarca los principios fundamentales y todas las demás prescripciones que establecen el sentido básico del régimen constitucional como son, por ejemplo, las que apuntan la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y, especialmente, las que designan derechos y garantías fundamentales (J.A. Da Silva: Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, Sao Paulo, 1998, 12ª ed., p. 530. Y, en cuanto a “derivado”, puede entenderse que se abre la posibilidad de presentar la acción no sólo contra incumplimiento de disposiciones estrictamente constitucionales, sino también contra incumplimiento de ley o acto normativo que desarrolle una disposición de la Constitución (L. Luiz Streck: “Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la inefectividad del sistema jurídico brasileño”, en Varios Autores: La protección constitucional del ciudadano, Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999. p. 68). Y, la segunda, que se ha convertido durante muchos años en la principal complicación, es la expresión “en la forma de la Ley”, que hace surgir la duda de si se refiere a la pregunta de si la ley reglamentaria es condición de posibilidad para el conocimiento por el STF de la alegación de incumplimiento, o bien si la ley de la que habla el texto constitucional está referida a la enumeración de los preceptos fundamentales posibles de alegación. El STF lo ha interpretado en el primer sentido, señalando que para que la alegación de incumplimiento pueda ser viabilizada necesita ser reglamentada por una ley ordinaria. Sin embargo, desde 1988 hasta 1999, es decir, once años, esta ley no había sido aprobada por el legislativo, y esta falta de reglamentación ha sido usada durante este tiempo como argumento para el no conocimiento y, por tanto, para la recusación de alegaciones por incumplimiento presentadas ante el STF. Como afirma L. Luiz Streck: “es extremadamente paradójico que una institución hecha para salvaguardar los derechos fundamentales haya sido tanto tiempo ineficaz por la ausencia de una norma reglamentaria, ausencia esta que, que por sí sola, ya fundamenta la propia alegación de incumplimiento de un precepto fundamental” (L. Luiz Streck: op. cit., p. 66). Finalmente, en 1999 el legislativo aprobó la Ley 9.882, de 3 de diciembre, que desarrolla la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental del artículo 103 párrafo 1º.

21 La acción de cumplimiento existe también en otros países como Colombia o Perú. No obstante, tiene un ámbito más restringido, en tanto se limita a leyes y actos administrativos y no se puede aplicar para normas de rango constitucional. En Colombia, el artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En el caso peruano, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece como objeto de esta acción que el funcionario cumpla una norma legal o ejecute un acto administrativo, o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En un sentido similar, la Constitución brasileña de 1988 prevé, en el artículo 103.2, la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, que se interpone ante el STF con el objetivo de que este inste a la autoridad competente, en el caso de aceptar la acción, a adoptar determinadas medidas a las que está obligada por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta acción no puede interponerse por todas las personas. Sólo tienen legitimidad activa para ello el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso y las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

22 Artículo 198.I de la Constitución de Bolivia del 2009: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino”. Sobre la plurinacionalidad del Estado en Bolivia, ver: A. Noguera: “Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios para iniciar el debate entorno el nuevo proyecto de Constitución boliviana”, Revista Española de Derecho Constitucional, no. 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Madrid, pp. 147-177; A. Noguera: “Diálogos sobre la plurinacionalidad y la organización territorial del Estado en Bolivia”, Revista Española de Derecho Constitucional, no. 87,
2009, pp. 241-270.

23 Artículo 183 de la Constitución Bolivia del 2009: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. El Control Administrativo Disciplinario efectuará la preselección de las postulantes y los postulantes por cada Departamento, y remitirá al Consejo Electoral Plurinacional la nómina de los precalificados para que este proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos”.

24 Artículo 434 de la Constitución de Ecuador del 2008: “Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y

de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres".

25 Artículo 264 de la Constitución de Venezuela de 1999: "Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia" —en Venezuela el control de constitucionalidad y la interpretación de la Constitución lo ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo— "serán elegidos por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará una tercera preselección para la decisión definitiva. Los ciudadanos podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional".

ÚLTIMA MODIFICACIÓN: 9 DE ABRIL DE 2012 A LAS 14:34


0

0