Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVI, BOGOTÁ, 2020, PP. 143-164, ISSN 2346-0849

Miguel Polo Rosero* **(Colombia)**

Democracia, electorado y justicia constitucional

RESUMEN

El presente texto es producto de una reflexión académica en torno a la teoría de la división de los poderes públicos y al papel que juegan nuevos actores en los Estados democráticos. Tiene por objeto sugerir un nuevo esquema para las democracias del siglo XXI, en el sentido de incorporar –a las ya tradicionales ramas– al electorado (como actor político y como sujeto del proceso electoral), y a la justicia constitucional (como órgano de defensa del orden constitucional).

Palabras clave: democracia; electorado; justicia constitucional.

Democracy, the electorate and constitutional justice

ABSTRACT

This text is the product of an academic reflection on the theory of the division of public powers and the role played by new actors in democratic States. Its purpose is to suggest a new scheme for the democracies of the 21st century, in the sense of incorporating – in the traditional branches – the electorate (as political actor and as subject of the electoral process), and constitutional justice (as an organ of defense of the constitutional order).

Keywords: Democracy; electorate; constitutional justice.

* Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Comercial, Derecho Administrativo y Políticas Públicas con Enfoque de Género, y estudios de maestría en Gobernanza y Derechos Humanos, y Derecho Constitucional. polo43599@gmail.com. https://orcid.org/0000-0003-0329-0210.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Demokratie, Wählerschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Text ist das Ergebnis einer akademischen Forschungsarbeit über die Theorie der Gewaltenteilung und die Rolle von neuen Akteuren in demokratischen Staaten. Die Arbeit beabsichtigt, ein neues Demokratiemodell für das 21. Jahrhundert vorzuschlagen, das die traditionellen Gewalten um die Wählerschaft (als politischer Akteur und Subjekt des Wahlprozesses) und die Verfassungsgerichtsbarkeit (als mit der Verteidigung der Verfassungsordnung betrautem Organ) erweitert.

Schlagwörter: Demokratie; Wählerschaft; Verfassungsgerichtsbarkeit.

1. La democracia liberal en los inicios del siglo XXI

Más allá de las distintas definiciones que puedan existir sobre la democracia, una de las nociones que brinda una conceptualización amplia de su alcance corresponde a la propuesta por Juan José Linz, para quien, en términos generales, la citada figura se sintetiza en un sistema político para gobernar basado en la libertad para formular y proclamar alternativas políticas dentro de una sociedad, con base en las libertades de asociación, expresión y otras que aseguren una competencia libre y no violenta entre líderes, con una revalidación periódica de quienes ejercen el gobierno y con el derecho de participación de todos los miembros de la comunidad en el acceso efectivo a cargos públicos, cualquiera que fuesen sus preferencias políticas, siempre que se expresen pacíficamente.[1]

Aun cuando no cabe duda de que esta noción permite entender la forma como opera la democracia, incluyendo conceptos clave como *sistema de gobierno* (esto es, la forma en la que el Estado se organiza para ejercer el poder), *libertad de alternativas políticas* (lo que permite separar a este régimen de otros como las monarquías o el comunismo), *libertad de asociación* (que se explica por el papel que cumplen los partidos políticos), *libertad de expresión* (que se exterioriza en la presentación de programas de gobierno o de política pública), *revalidación periódica* (que introduce la exigibilidad del sufragio) y *expresión pacífic*a (para entender que se trata de un sistema reglado y sometido al imperio de la ley, a diferencia de lo que ocurre con las autocracias), lo cierto es que no incorpora criterio alguno que permita distinguir los casos en los que ella opera como un sistema consolidado que se manifiesta en los elementos ya expuestos, respecto de lo que hoy en día se denomina democracias defectuosas.[2]

---

[1] Juan J. Linz, "Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias", en *Doce lecturas fundamentales de ciencia política,* ed. por Irene Delgado y Lourdes López Nieto (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013), 40.

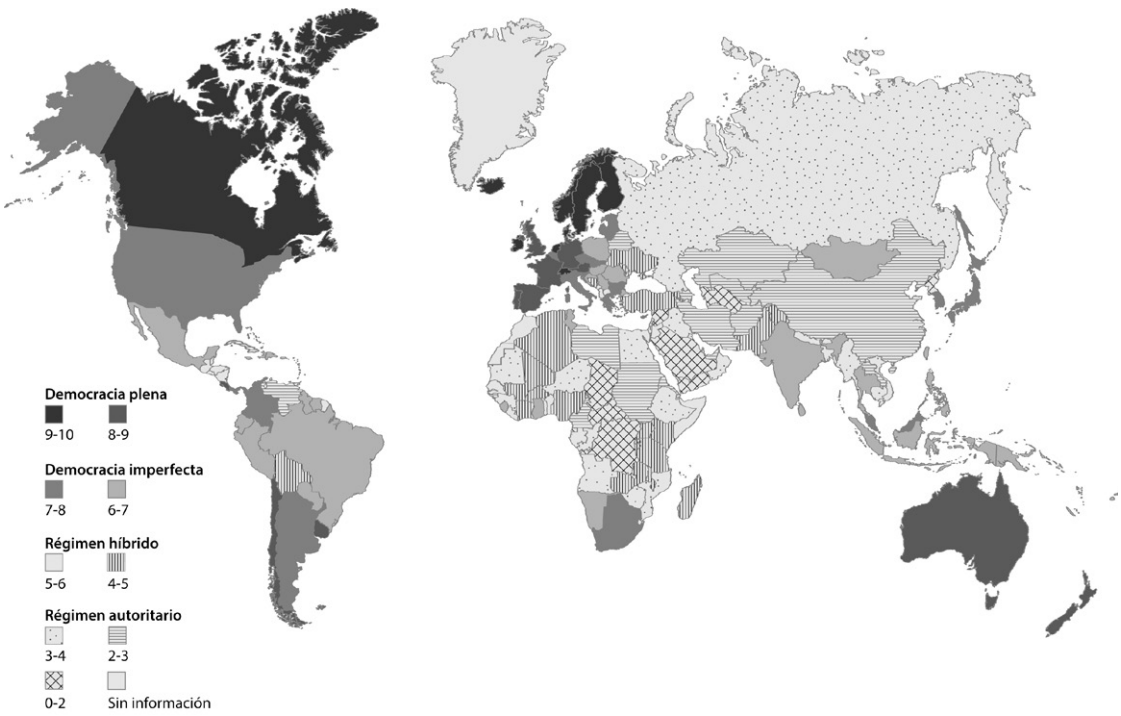
[2] Merkel Wolfgang y Auriel Croissant, "La democracia defectuosa como régimen político: instituciones formales e informales", en *Construcción de Europa, democracia y globalización*,

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No cabe duda de que la democracia, como sistema de gobierno, ha crecido de forma vertiginosa en los últimos años, pasando de un porcentaje de 27 % sobre el total de los países en 1974,[3] a un 58 % –calculado sobre el mismo indicador– en el año 2019.[4] Tal realidad ha servido, por una parte, como lo propone Samuel P. Hun-

Gráfico 1.
Extensión de la democracia 2019



Fuente: Elaborado con base en The Economist Intelligence Unit, "Democracy Index 2019", 5.

ed. por Ramón Máiz (Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2001), 121-149.

[3] El dato se explica por el número de países reconocidos en 1974 (150), sobre el total de democracias existentes en ese momento (41). Se toma como punto de partida el año de 1974, por cuanto representa el inicio de la tercera ola democrática, que se origina con la Revolución de los Claveles ocurrida el 25 de abril del año en cita, a partir de un levantamiento que provocó la restauración de la democracia en Portugal, casi cincuenta años después de la última convocatoria a elecciones (Larry Diamond, "¿Puede el mundo entero ser democrático? Democracia, desarrollo y factores internacionales", *Revista Española de Ciencia Política*, https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/viewFile/37345/20863).

[4] El porcentaje corresponde al total de países en 2019 (194), sobre el número de democracias (completas, defectuosas y expresiones híbridas) que se encuentran en el mundo (113) (The Economist Intelligence Unit, "Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest", http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019).

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tington, para distinguir la existencia de olas históricas de democratización;[5] y, por la otra, para expresar doctrinalmente, tal y como lo hizo Francis Fukuyama, su triunfo aparente como régimen político sobre el resto de sistemas, poco después de la implosión de los gobiernos comunistas de Europa del Este, apelando a una supuesta irracionalidad de acudir a una alternativa distinta (asistido en tal propósito del sistema capitalista liberal).[6]

El mapa global 2019, conforme a The Economist Intelligence Unit, se observa en el gráfico 1.

A pesar del crecimiento expuesto, los indicadores actuales demuestran que no es cierto que la democracia haya triunfado como régimen político, pese a que, al menos, más de la mitad del planeta vive en alguna de sus modalidades; y que, si bien tuvo un auge importante desde los años noventa hasta comienzos del nuevo siglo, con porcentajes de cobertura que llegaron hasta el 62 %,[7] los últimos indicadores advierten una regresión en su implementación, con la consecuente expansión de los regímenes autoritarios.

Ante este panorama, el informe de Economist Intelligence Unit resume lo ocurrido en el año 2019, con la expresión: "un año de contratiempos democráticos y protestas sociales", advirtiendo una caída en el Índice Democrático Global (que se mide del 0 al 10) de un 5,44 %, sobre la base de la valoración de cinco pilares democráticos: el proceso electoral y el pluralismo,[8] el respeto y la protección de las libertades civiles,[9] el funcionamiento del Gobierno,[10] la participación política[11] y la cultura política.[12] Este resultado se torna en el peor dato hasta la fecha, desde cuando se implementó tal medición en el año 2006. Precisamente, el índice de 2018 era

---

5 Samuel Huntington, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX* (Barcelona: Paidós Ibérica, 1994).

6 Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre* (Barcelona: Planeta, 1992).

7 Diamond, "¿Puede el mundo entero ser democrático?", 11.

8 Para su medición se valoran, entre otros, los siguientes elementos: la existencia de elecciones libres, el sufragio universal para todos los adultos, la seguridad en las jornadas electorales, la equidad en la competencia electoral, la financiación transparente de los partidos y la consagración de medios legales para la transferencia del poder.

9 En este criterio se examinan la libertad de prensa, la libertad de expresión, el libre acceso a internet, la libertad de asociación, la consagración del derecho de petición, la libertad y tolerancia religiosa, la igualdad ante la ley y el amparo (en general) de los derechos humanos.

10 En su categorización se incluyen: la libre elección de los representantes del pueblo, la existencia de un efectivo sistema de frenos y contrapesos, la obligación de rendir cuentas, la no intervención de gobiernos extranjeros en el funcionamiento democrático, etc.

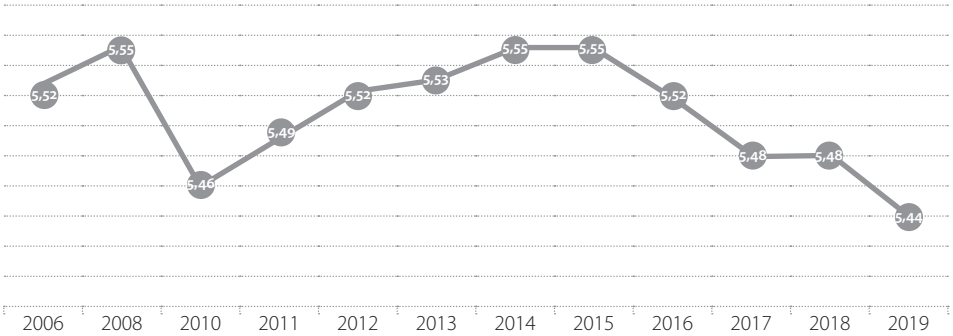
11 Para su estudio se exploran, entre otros, la autonomía y la voz de los grupos étnicos y de otras minorías en el proceso electoral, la participación de las mujeres en el parlamento, la libertad de acceso a cargos públicos y el compromiso ciudadano con la política.

12 Este criterio valora, por ejemplo, la existencia de consensos en la sociedad, la percepción sobre el sometimiento de los militares a la ley, el cumplimiento de las propuestas electorales y la defensa ciudadana de los beneficios del sistema democrático.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Gráfico 2.
Índice democrático global 2006-2019



Nota: Este gráfico se elaboró con base en el informe de Economist Intelligence Unit de 2019 ya citado, junto con el documento de la misma fuente que recoge los datos de 2018. Para efectos de consulta, véase The Economist Intelligence Unit, "Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy", http://www.eiu.com/public/thankyou_download.aspx?activity=download&campaignid=Democracy2018.
Fuente: The Economist Intelligence Unit, "Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy".

de 5,48, en el 2010 de 5,46 % (año de la crisis económica y financiera global) y en el 2006 de 5,52 %.

Las democracias que se consideran *completas*, no solo por tener una política de defensa de los derechos humanos, sino también por construir puentes de florecimiento de la cultura política, por garantizar el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley, por tener un efectivo sistema de frenos y contrapesos, por salvaguardar la diversidad y el pluralismo, y por contar con un sistema judicial independiente cuyas decisiones gozan de carácter vinculante, más allá de que, por efectos del devenir político, tengan algunas dificultades menores en su funcionamiento, son realmente pocas. De acuerdo con los resultados del Índice Democrático Global, tan solo 22 países de todo el mundo –en el año 2019– cumplen con dichas exigencias.[13] Entre ellos se destacan Noruega, Islandia, Suecia, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido, Uruguay, Austria, Francia, Portugal, Mauricio y Costa Rica.

Por el contrario, tal como se señaló, la mayoría de la población vive en lo que se suele denominar democracias *defectuosas*, por tener problemas en la protección de las libertades civiles, en la gobernanza o en la participación democrática ciudadana. Este fenómeno se extiende a lo que se denomina en el Índice Democrático Global regímenes *híbridos*, en los que, aunado a lo anterior, y muy próximos a los sistemas autoritarios, se advierten irregularidades sustanciales en las elecciones, en

[13] The Economist Intelligence Unit, "Democracy Index 2019", 3.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la alternancia del poder, en la sujeción al imperio de la ley, y en la falta de independencia del poder judicial.

El estancamiento y la regresión que se advierten en el régimen democrático supone entrar a considerar, como se mencionó al inicio de este documento, los criterios que permiten distinguir los casos en que el sistema opera de forma consolidada, respecto de aquellos en los que su funcionamiento es defectuoso. Para el efecto, se tomará como base el estudio de Merkel Wolfgang y Auriel Croissant, que distinguen las democracias de las autocracias y, dentro de las primeras, las democracias liberales (o completas) de las democracias defectuosas.

Utilizando los parámetros señalados por dichos autores, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en este escrito, en las democracias consolidadas se exigen tres criterios esenciales.[14] En primer lugar, la soberanía debe radicar en el pueblo como soporte del poder político, la cual debe ejercerse directa o indirectamente, a través de representantes elegidos mediante sufragio universal. Esto implica, por una parte, abrir las puertas a la participación directa de la ciudadanía en la decisión de los asuntos públicos y, por la otra, garantizar la celebración de elecciones justas, libres, generales y secretas. Cuando un grupo de la población es excluido del derecho al sufragio universal, la democracia defectuosa asume el calificativo de *democracia excluyente*.[15]

En segundo lugar, el monopolio efectivo de los poderes del Estado debe ser ejercido por los representantes elegidos democráticamente. Si ello no ocurre y surgen poderes de veto o de dominación por parte de los militares, grupos armados ilegales o empresas multinacionales, la democracia defectuosa se cataloga como *democracia de dominios*.[16]

En tercer lugar, la democracia requiere la existencia de una constitución liberal (o del sometimiento de las autoridades al imperio de la ley). Este elemento exige, por un lado, la presencia de un sistema de frenos y contrapesos a través de la división de poder y, por el otro, la consagración y el respeto de los derechos humanos. Para Wolfgang y Croissant, "si los representantes electos en elecciones libres y generales quiebran estas reglas fundamentales, si los frenos mutuos al poder son eliminados mediante el soslayamiento del parlamento y del poder judicial, o si el imperio de la ley es menoscabado deliberada y crónicamente",[17] se está en presencia de una democracia defectuosa que recibe el nombre de *democracia iliberal*.[18]

Lo anterior plantea un vínculo inescindible entre el constitucionalismo y la democracia, pues se entiende que la constitución se convierte en el instrumento creado y validado por el pueblo, como poder soberano, para establecer límites al ejercicio del

[14] Wolfgang y Croissant, "La democracia defectuosa", 121-149.
[15] Wolfgang y Croissant, "La democracia defectuosa", 125.
[16] Wolfgang y Croissant, "La democracia defectuosa", 126.
[17] Wolfgang y Croissant, "La democracia defectuosa", 127.
[18] Wolfgang y Croissant, "La democracia defectuosa".

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

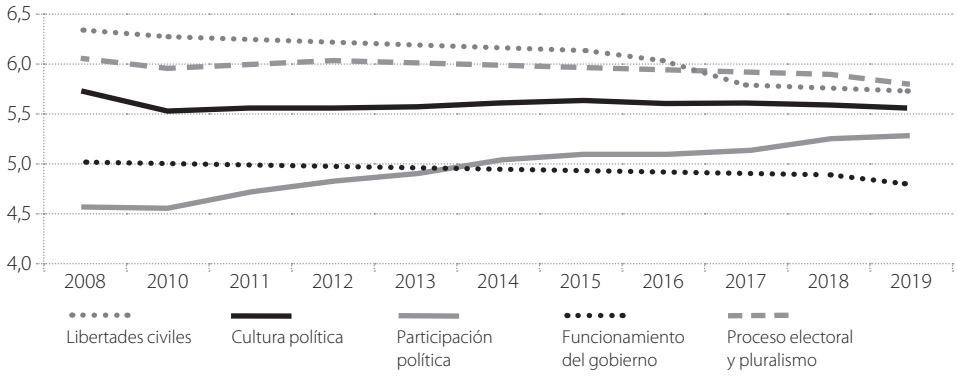
Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

poder público, previa organización y segmentación de las funciones a cargo de cada autoridad (lo que se conoce como la teoría de la división de los poderes), así como para sujetar a las mayorías y a los gobernantes a los deberes de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, como pretensiones universales, inalienables e indivisibles de toda persona, incluyendo para el efecto sistemas eficientes de amparo.

Retomando el Índice Democrático Global y los cinco pilares que son objeto de examen, se advierte cierta estabilidad en los componentes referentes a la cultura política y al proceso electoral, lo que se justifica con la existencia de elecciones, partidos políticos y competencia electoral en la mayoría de los países que se registran como democráticos. No obstante, dos factores exteriorizan desde el año 2008 una tendencia a la baja: la protección de las libertades civiles y el funcionamiento correcto del Estado.

Se trata de dos indicadores verdaderamente preocupantes, pues exteriorizan que, por una parte, a pesar de la invención o el descubrimiento de los derechos humanos y de su consagración por vía de declaraciones, tratados, convenios y observaciones a nivel internacional, y de su réplica en textos constitucionales o legales en la órbita del derecho interno, persiste su desconocimiento y se mantiene la viciosa paradoja de su infracción y, por la otra, que existe un descontento en la labor de los poderes públicos (incluyendo por esa vía a los partidos políticos), que se viene exteriorizando cada vez más en los últimos tiempos, al considerar que su rol no se cumple de forma eficiente y que no actúan en dirección del bienestar general, por la creencia de que responden a intereses de otros agentes (empresas, multinacionales, gobiernos extranjeros o por la presión de la globalización), o por la convicción de que no son transparentes o que están cooptados por la corrupción.[19] Lo expuesto hasta el momento se ilustra en el gráfico 3.

Gráfico 3. Índice Democrático Global 2008-2019



Fuente: The Economist Intelligence Unit, "Democracy Index 2019", 7.

[19] Sobre el particular pueden consultarse Elena García Guitián, "Los diagnósticos sobre la crisis de las democracias: desde la lucha por la etiqueta a las propuestas de reforma

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los hechos de los últimos años, sin duda, han venido mostrando lo que se refleja en el gráfico 3, esto es, que existe una caída en el índice referente a la protección de los derechos humanos, cuya regresión se expresa en el peor desplome de todos, en una proyección cercana del 6,4 al 5,6, y que ello es concomitante con la pérdida de confianza en el funcionamiento de las autoridades del Estado, que se proyecta en una disminución de su indicador del 5,0 al 4,6.

Se trata de dos pilares que se encuentran unidos y que, como se expuso, fueron identificados como parte del tercer criterio que demanda una democracia completa, esto es, la consagración de una auténtica constitución liberal, en la que el sistema de frenos y contrapesos funcione adecuadamente y en la que la protección de los derechos humanos se torne en una realidad. Por tal razón, el descontento que la sociedad democrática mundial viene expresando recientemente, en cierta medida impulsado desde el año 2005,[20] se concentra de forma particular en esos dos pilares como parte de un mismo criterio de construcción del sistema democrático.

Sin pretender realizar un listado taxativo de las razones que justifican ese descontento, cabe mencionar, al menos, los siguientes factores: el cuestionamiento hacia las democracias representativas, que se resume en las expresiones acuñadas de "no nos representan" o "democracia real, ya",[21] entre cuyas reclamaciones se exige un mayor control a los procesos de decisión política, la transformación hacia la democracia interna de los partidos, la eliminación de obstáculos para el ingreso de nuevos movimientos sociales, una verdadera lucha contra la corrupción, la

---

institucionales", en *La democracia herida*, ed. por Álvaro Soto Carmona (Madrid: Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos 5, Marcial Pons, 2019), 37-57; Fernando Flores Giménez, "Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35 (2015): 355-381; Miguel Ángel Presno Linera, "Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza", en *La metamorfosis del Estado y del derecho,* ed. por Miguel Ángel Presno Linera (Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014), 213-252.

[20] Álvaro Soto Carmona, "El triunfo de la democracia (Las transiciones: un camino hacia la democracia)", en *Gobernanza democrática*, ed. por Antonio Rovira (Madrid: Marcial Pons, 2013), 197-231.

[21] En América Latina, por ejemplo, el Latinobarómetro expresa que entre 2006 y 2018 aumentó de 61 a 79 % los ciudadanos que dicen que se gobierna "para unos cuantos grupos poderosos en su propio beneficio", con un porcentaje del 90 % en el caso de Brasil y de 88 % en México. En contrapartida, el indicador de quienes dicen que "se gobierna para el bien de todo el pueblo" viene bajando, pasando de un 36 % en 2011 a 17 % –menos de la mitad– en 2018, una caída de 19 puntos porcentuales. En términos de confianza, las peores valoraciones las tienen el poder judicial (24 puntos), el gobierno (22 puntos) y el congreso (21 puntos) (Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, http://www.latinobarometro.org/lat.jsp). La situación en Europa no es alentadora, el Eurobarómetro 2018 indica una estimación favorable de tan solo un 29 % en el parlamento nacional y un 13 % en los partidos políticos, a pesar de cierta estabilidad en el sistema judicial cercana al 50 %. En el caso de España, la situación es aún peor, el Congreso obtiene una calificación de menos del 15 % y los partidos de alrededor del 8 % (Eurobarómetro, "Sondeos de opinión de 2018", https://europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/eurobarometer).

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

eliminación de los privilegios de la clase política y la consagración de canales efectivos para la participación del pueblo, de forma directa, en la toma de decisiones públicas.

También se advierte la profundización en las desigualdades sociales, vinculadas con las crisis económicas recurrentes desde el año 2007, que han cuestionado los procesos de globalización, el funcionamiento multinivel del Estado (como es el caso de la Unión Europea), los flujos migratorios y las políticas para la realización de derechos sociales, tales como el trabajo, la vivienda, la salud y el acceso a servicios públicos de calidad.

Por último, se constata un crecimiento en la protesta social, con diferentes acciones colectivas alrededor del mundo democrático (los pingüinos en Chile, el 15-M de 2011 en España, los chalecos amarillos en Francia o las marchas de Colombia a finales de 2019). Incluso, en un reciente estudio –World Protests 2006-2013[22]– se confirma el aumento continuo, año tras año, de las jornadas de prostesta a nivel mundial, llegando a la cifra de 112 eventos en tan solo seis meses de 2013. Aun cuando gran parte de las demandas se centralizan en la obtención de justicia económica (en aspectos como el control a las entidades bancarias, la eliminación de cualquier tipo de rescate, el aumento impositivo en términos de progresividad, el control a la fuga de capitales a paraísos fiscales, etc.), el dato más relevante es la cifra abrumadora de reclamaciones que demandan por una real democracia (218 manifestaciones globales sobre un total de 843), básicamente, como lo expone el citado autor, por la creencia de que "los gobiernos y [los] diseñadores de políticas públicas no han priorizado a la ciudadanía, [aunado a] una frustración con los sistemas políticos tradicionales, y una falta de confianza en los partidos políticos en escena, sean de izquierda o derecha".[23]

Lo anterior nos constata que estamos ante un mundo democrático que ha venido y que sigue cambiando, y que ello no solo ha ocurrido por los fenómenos de la globalización, el multinivel, la lucha contra el terrorismo o la revolución de las tecnologías digitales, sino también por el impacto y la preocupación que se advierte en sus pilares y criterios definitorios, algunos con tendencia a la estabilidad, otros con una exteriorización sensible a la baja y uno de ellos creciendo y demandando una especial consideración.

¿Cuál es, entonces, el camino que tenemos que seguir para que la democracia sea efectivamente completa? No me atrevería a dar una respuesta al respecto. Pero, en su lugar, sí quisiera proponer en el resto de estas líneas, lo que es el objeto final de este trabajo, esto es, proponer que en el esquema del principio de división poderes, como parte esencial de la democracia, por una parte, se incorpore una respuesta a la preocupante situación en la que se encuentra el pilar referente a la protección de

[22] Ortiz, Isabel *et al. World Protests 2006-2013* (New York: Initiative for Policy Dialogue and Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013).

[23] Presno Linera, "Partidos políticos y movimientos ciudadanos", 238.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los derechos humanos y, por la otra, se fortalezca el funcionamiento correcto del Estado, con el paso de una democracia inactiva a una democracia participativa.

2. La teoría de la división de poderes

En sus orígenes, el constitucionalismo liberal –inspirado en las ideas de Montesquieu y de Locke– consolidó un principio de organización política conocido como la teoría de la división de poderes, en virtud de la cual las funciones del Estado se disgregarían entre sí y serían repartidas a órganos distintos y separados. Precisamente, para Montesquieu, el hombre que tiene poder se inclina a abusar del mismo y para evitar que ello ocurra, por disposición de las cosas, es necesario que el poder detenga al poder. De ahí que, a su juicio, no pueda existir libertad si el poder de juzgar no está apartado de los poderes legislativo y ejecutivo. Se confió entonces en que estos tres poderes, entre ellos mismos, fuesen capaces cada uno de vigilar, controlar y detener los excesos de los otros, para impedir que alguno de ellos predominara sobre los demás.

Los tres poderes básicos se convirtieron en el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Y con la asignación de sus funciones separadas, se buscó no solo impedir la afectación de los derechos de los ciudadanos (mediante el control de las decisiones que los afectaran[24]), sino igualmente la proscripción del abuso de autoridad, cuya expresión, para la época en que emerge la teoría de la división, se vinculaba con los excesos de las monarquías absolutas. Igualmente, cabe aclarar que la proyección de esta herramienta se extendió a la segmentación del poder político en las esferas federales o territoriales, cada una con sus propias autoridades y atribuciones, lo que dio origen a la existencia de un límite adicional, vinculado con la forma o estructura del Estado.

Si bien la teoría de la división se enfocó inicialmente en la estructuración de los distintos poderes como mecanismo de control, y así se manifestó en las primeras declaraciones de derechos humanos y en los primeros textos constitucionales, con el paso de los años, y sin dejar de lado los objetivos de su creación, fue adquiriendo –poco a poco– mayor preponderancia una circunstancia que le es inherente y que consiste en la fijación del conjunto de atribuciones a cargo de cada uno de los órganos establecidos, para efectos de exigir su cumplimiento, incluso bajo el auxilio del principio de colaboración armónica, con lo cual se pasó de un modelo rígido de separación a uno más flexible de cooperación entre las distintas ramas. Ya no se trata de que cada poder solo cumpla una función y que la ejerza de forma absolutamente

[24] Por ejemplo, mediante la figura de la reserva de ley para la regulación de los derechos. Como lo prescribe el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme al cual: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. *Tales límites solo pueden ser determinados por la ley*".

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

separada (el *poder legislativo* haciendo leyes, el *poder judicial* administrando justicia, y el *poder ejecutivo* dirigiendo la política y la administración civil, y ejerciendo la potestad reglamentaria), sino que, en ciertos casos y bajo determinadas premisas, esos poderes se interrelacionan, entran en esquemas de dependencia e incluso autorizan cierta flexibilización en el desempeño de sus funciones.

El cumplimiento de las funciones se convierte en el elemento más importante de la teoría de la división, pues por esa vía se logran los objetivos del Estado, en especial, en lo que refiere a la satisfacción de los derechos de las personas, para lo cual ya no basta una posición pasiva de las autoridades, sino que se exige un proceder de forma activa y encaminado de manera directa a su realización.[25]

De esta manera, la teoría de la división asegura que la estructura del poder político se encuentre limitada y controlada, a la vez que se orienta a la realización de los objetivos del Estado, con la determinación y la exigibilidad de las funciones que se asignan a cada autoridad. Los poderes tradicionales siguen existiendo y el verdadero equilibrio entre ellos es un indicador fehaciente del estado de salud de una democracia, como se expuso en el apartado anterior. No obstante, es preciso tener en cuenta tres circunstancias que hoy en día determinan la forma como operan.

En primer lugar, en la actualidad los poderes públicos se encuentran sujetos en gran medida a la acción de los partidos políticos, como entes capaces de expresar una ideología de política general, que busca convertirse en directriz de funcionamiento del Estado. Los partidos concurren a las elecciones y obtienen curules en las asambleas legislativas, y desde ellas, o consolidan los gobiernos, como ocurre en el régimen parlamentario,[26] o ayudan a impulsar sus agendas, con ocasión de los procesos de negociación política que identifican al régimen presidencial.

En segundo lugar, el ejercicio de los poderes públicos igualmente se ha visto impactado por el fenómeno de la globalización, por lo que las constituciones autorizan la cesión o transferencia de competencias soberanas a autoridades supranacionales, con el fin de mantener un esquema de unidad derivado de procesos de integración, en términos normativos y de justicia. Ello se advierte en el caso de la Unión Europea, con los poderes legislativos del Parlamento Europeo y el Consejo de Europa,

---

[25] A título de ilustración, el numeral 2 del artículo 9 de la Constitución Española establece: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Por su parte, el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de Ecuador dispone: "Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes".

[26] Véase, al respecto, el artículo 99 de la Constitución de España.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con los poderes ejecutivos que desempeña la Comisión Europea, y con los poderes judiciales en cabeza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[27]

En tercer lugar, al lado de los tradicionales poderes del Estado, algunas constituciones han establecido otros "poderes" –que suelen denominarse organismos autónomos e independientes–, los cuales se crean por las particularidades de cada país, por los fines prioritarios que marcan su desarrollo y por los propósitos que guían el desenvolvimiento de la función pública. Así, por ejemplo, existen organismos especiales de control fiscal (como las cortes de cuentas o las contralorías), los órganos de defensa y protección de los derechos humanos (como las defensorías del pueblo o el *ombudsman*), otros de control monetario (como los bancos centrales) y algunos para la regulación de ciertos sectores económicos de impacto social (como las agencias o comisiones de televisión).

En general, como lo advierte Ramón Punset, cabría señalar que la división de poderes, como teoría jurídica de la organización constitucional, siempre ha significado "pluralidad institucionalizada de centros de poder".[28] Una pluralidad orgánico-funcional del Estado cuya amplitud o estrechez depende de cada ordenamiento jurídico, cuya finalidad es, hoy en día, garantizar los derechos y las libertades de las personas "mediante la distribución del ejercicio de las funciones estatales entre [dicha] pluralidad de órganos situados en la cúspide"[29] del poder público del Estado.

Dentro de esa pluralidad institucionalizada de centros de poder, la democracia de inicios del siglo XXI demanda la participación activa de dos actores, cuyo propósito es el de contribuir a dar respuesta a la preocupante situación en la que se encuentra el pilar referente a la protección de los derechos humanos y, a su vez, fortalecer el indicador concerniente al funcionamiento correcto del Estado, tal como se mencionó. Esos actores, que deben estar presentes más allá de los esquemas propios que se adopten por parte de cada Estado, son, por una parte, el órgano titular de la soberanía popular, esto es, el *electorado*, como sujeto del proceso electoral y de otros esquemas de participación; y por el otro, la *justicia constitucional* o, lo que es lo mismo, la presencia de un tribunal constitucional o de un órgano que tenga la atribución de aplicar y hacer efectivos los mandatos previstos en la Constitución, en especial, en lo que atañe a su componente de la protección de los derechos humanos.

---

[27] Sobre el particular, se puede consultar el siguiente texto: Daniel Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea* (Madrid: Marcial Pons, 2018).

[28] Ramón Punset, "¿De nuevo sobre la división de poderes?", en *Fundamentos 5. La división de poderes* (Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2009), 16.

[29] Punset, "¿De nuevo sobre la división de poderes?", 16.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. El electorado y la división de poderes

Hacia 1920, Hans Kelsen habló de la "fatiga del parlamentarismo" y apeló a la necesaria democratización de los partidos y de las instituciones representativas.[30] De ahí en adelante hemos venido siendo testigos de un inconformismo general respecto de la forma como operan, en especial, los parlamentos y, a través de ellos, los partidos políticos. Se cuestiona que la toma de decisiones en estos últimos no es consensuada, sino que proviene de centros internos de poder, mediante esquemas secretos y no públicos; se alega que su financiación con recursos públicos los convierte en máquinas electorales que poco responden ante el electorado; se considera que los parlamentarios son una casta privilegiada que no se preocupa por la política, sino por vivir de ella; se sostiene que el sistema electoral beneficia a los partidos de siempre y que ello excluye a un margen importante de la ciudadanía de una efectiva representación; se afirma que son escasos los procesos deliberativos que se llevan a cabo en las asambleas legislativas, sobre todo cuando se trata de decisiones relevantes para la comunidad.[31]

A la par, existe una tendencia a identificar a la democracia con los procesos electorales, cuando en realidad ella va mucho más allá del componente del sufragio, al incluir al electorado, como sujeto político, en expresiones que manifiestan su voluntad, tales como las iniciativas legislativas populares, las consultas ciudadanas, los procesos de *referéndum* e, incluso, cuando se trata de un esquema organizado y representativo, las propias manifestaciones y concentraciones ciudadanas.

Por ello, Kelsen, cuando hablaba de la "fatiga del parlamentarismo", también proponía la necesidad de fortalecerlo, no directamente, sino de forma indirecta, a través de la defensa de la democracia, esto es, haciendo "partícipe [al pueblo] en la legislación en mayor medida de lo que es común en el sistema parlamentario donde el pueblo queda limitado al acto de la elección",[32] y si bien él alude, como instrumentos, al *referéndum* y a la iniciativa legislativa popular, ello no excluye la apertura a otros esquemas democráticos que le otorguen a la ciudadanía un poder decisorio.

Esta apertura logra tres propósitos. El primero es que fortalece los canales de diálogo y articulación entre el poder legislativo y el electorado, lo que permite que este último se haga partícipe de las decisiones que le impactan. El segundo es que brinda escenarios de control para que la ciudadanía pueda, incluso contra el querer de los partidos políticos, establecer lineamientos de acción, en aquellas materias de difícil cambio normativo. Y, el tercero, es que contribuiría a la integración de sectores que se sienten excluidos y no representados dentro de la sociedad, en lo que últimamente se ha denominado como los antisistema. La democracia no

[30] Presno Linera, "Partidos políticos y movimientos ciudadanos", 235.

[31] Presno Linera, "Partidos políticos y movimientos ciudadanos", 227-236.

[32] Hans Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia* (Granada: Comares, 2002), 113.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

solo protege la libertad, sino que, de forma esencial, se nutre de la máxima participación en libertad del ciudadano.

Como afirma Miguel Ángel Presno Linera, este cambio de orientación no pretende instaurar una democracia participativa en reemplazo de la democracia representativa; al contrario, lo que busca es darle un nuevo aire democrático a la sociedad, haciendo más participativa a la democracia.[33] En sus propias palabras: "La democracia *realizada* exige una noción distinta de lo político y otras instituciones más ajustadas a unos ciudadanos conscientes de sus derechos y dispuestos a la participación. En suma, la cesura creciente y cada vez más perceptible entre las reclamaciones ciudadanas y su representación en el espectro de los partidos dota de más fuerza y apoyo a las iniciativas ciudadanas y a los nuevos movimientos sociales".[34]

Para el efecto, el ordenamiento jurídico debe considerar que el *electorado* constituye un nuevo centro de poder dentro de la teoría de la división de poderes, y que es preciso abrir canales para que los ciudadanos se hagan partícipes directos en la toma de decisiones públicas, lo que, además, conlleva el ejercicio de derechos fundamentales propios del sistema democrático, como la libertad de expresión, el derecho de reunión y el derecho de asociación. Esas vías, incluidas la iniciativa legislativa popular y el *referéndum*,[35] se podrían ampliar con las consultas ciudadanas, los plebiscitos, las consultas previas, las revocatorias de mandatos, y con la flexibilización hacia canales que permitan el desarrollo de los movimientos ciudadanos, siempre sujetos al orden público y a la no infracción de los derechos de los demás.

Reconocer al *electorado* como un nuevo poder, ampliando sus escenarios de decisión, conduce a que el pilar de la democracia identificado como la *participación política* necesariamente crezca y, por esa vía, también se mejore el indicador referente al *funcionamiento correcto del Estado*, pues las instituciones tradicionales entenderán que han dejado de ser el único ámbito en el que se decide la transformación del futuro social, y ello las invitará a reforzar internamente sus esquemas de actuación para mejorar en la confianza ciudadana y articular con el pueblo la realización de sus demandas. Se lograría entonces una sociedad más democrática y con mayor control sobre la labor de los poderes públicos tradicionales.

No obstante, para evitar los riesgos que podrían recaer en un gobierno de las mayorías, vinculado a esquemas populistas que lleven a un uso inapropiado de la participación para negar los derechos de las minorías o para traicionar al régimen democrático, es necesario entender, por una parte, que el *electorado* debe ser considerado un centro adicional de poder dentro del esquema de división de poderes, mas no el único, ni tampoco el superior a cada uno de ellos. Por el

---

[33] Presno Linera, "Partidos políticos y movimientos ciudadanos", 239.

[34] Presno Linera, "Partidos políticos y movimientos ciudadanos", 236.

[35] Es el caso de España, en el que tan solo se prevén estas dos alternativas, en los artículos 87.3, 92 y 149.32 de la Constitución.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contrario, bajo el *esquema funcional* ya explicado, es necesario que se establezca la forma como debe operar el principio democrático, los canales permitidos y el alcance de la decisión sin que, en ningún caso, se pueda obrar más allá de lo estrictamente permitido. Y, por la otra, es necesario que se introduzcan *cláusulas de intangibilidad* o la exigencia de *mayorías calificadas* para referendos o iniciativas legislativas populares, en asuntos que puedan impactar –directa o indirectamente– en los derechos humanos, en la protección de las minorías, en el sistema electoral, en el régimen de los partidos políticos y en los propios mecanismos de participación ciudadana.

4. La justicia constitucional y su importancia en la división de poderes

Más allá de los antecedentes remotos que se citan para referir al origen del constitucionalismo y del control de constitucionalidad, lo cierto es que la fuente por excelencia de este último se halla en la conocida sentencia Marbury *vs.* Madison, de 1803, dictada por el juez Marshall, en la que se resolvió que, en caso de conflicto entre la legislatura y la constitución, no cabía alternativa distinta a entender que esta última es la ley suprema y que, por ello, su contenido es inalterable por los medios ordinarios. En consecuencia, una ley contraria a la constitución no es ley, y si, por alguna razón, se llegase a una conclusión distinta, el único resultado que se tendría es que las constituciones no serían nada distinto a absurdos intentos del pueblo por limitar un poder (en este caso, del legislativo) cuya naturaleza devendría en ilimitable.

Esta sentencia originó un esquema de control de constitucionalidad denominado *difuso o americano*, cuyas notas particulares son: i) todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la constitución; ii) el control surge de casos concretos y no de planteamientos abstractos de constitucionalidad; iii) la legitimación para provocar el juicio radica en cabeza de los ciudadanos inmersos dentro del proceso; iv) la decisión que se adopta únicamente produce consecuencias para el asunto objeto de estudio, esto es, origina efectos *inter-partes*, salvo cuando se aplica la teoría del precedente judicial, a través del *stare decisis*.[36]

En la historia constitucional, años más adelante, surgió un segundo esquema de control, en el que la defensa de la constitución se otorgó a un *tribunal especial* denominado, por lo general, tribunal constitucional, corte constitucional o corte de constitucionalidad, siguiendo las pautas marcadas por Kelsen en la Constitución austriaca de 1920. Sus principales características son: i) el control se realiza a través de un juicio concentrado en la citada autoridad, cuya decisión se traduce en la posibilidad de decretar la nulidad de lo dispuesto en la ley (de ahí el

[36] Aun cuando surgió en Estados Unidos, se ha replicado en varias partes del mundo, como en Argentina, Grecia, Dinamarca, Suecia o Finlandia.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nombre de *legislador negativo*); ii) el proceso que se adelanta es independiente de la existencia de una causa particular, por lo que se entiende que es abstracto, teórico y directo; iii) la legitimación para provocar su inicio se sujeta al actuar restringido de ciertos órganos del Estado (como el Gobierno, un determinado número de parlamentarios, el defensor del pueblo o las autoridades de los estados federados), excepcionalmente se autoriza su origen por los ciudadanos, como ocurre en el caso de Colombia, Austria y Bélgica; iv) por su naturaleza abstracta permite tanto modalidades de control posterior como de control preventivo[37] o, lo que es lo mismo, con anterioridad a la publicación y promulgación de los actos (tradicionalmente limitado al caso de los tratados internacionales[38]); v) la decisión que se adopta produce efectos *erga omnes*, esto es, con un alcance general para todas las personas, alterando de manera inmediata el ordenamiento jurídico. Este sistema suele recibir el nombre de control *europeo, concentrado, kelseniano* o *austriaco*, a partir de las distintas notas que lo identifican.[39]

Lo cierto es que hoy en día difícilmente se encuentran sistemas puros de control (*difuso o concentrado*), por lo que los esquemas suelen ser *mixtos*, especialmente por la introducción de figuras como: i) la cuestión de inconstitucionalidad[40]

---

[37] Especialmente relevante en el modelo francés, a través del control *ex officio* de las leyes orgánicas y del control previo del resto de leyes, siempre que medie petición reservada de ciertas autoridades legitimadas para el efecto. Recientemente, a partir del 1° de marzo de 2010, se creó un control posterior a cargo del Consejo Constitucional francés, sometido al reenvío de la controversia por parte del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, con miras a determinar si una disposición en aplicación vulnera los derechos y las libertades garantizados en la Constitución. En esta hipótesis se exige el requerimiento de las citadas autoridades judiciales, por lo que esta figura se conoce con el nombre de cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC).

[38] Esta alternativa se constata en el artículo 241.10 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 95 de la Constitución de España. En el primero se dispone: "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: […] 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva"; mientras que, en el segundo, se señala lo siguiente: "La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional".

[39] Se encuentra en Alemania, Bulgaria, Colombia, Ecuador, España, Italia, Letonia, Perú, Polonia, República Checa, Venezuela, etc.

[40] A través de la *cuestión de inconstitucionalidad* cabe que, en un litigio concreto, el juez de la causa someta a decisión del tribunal constitucional el examen de las normas legales que tiene que aplicar de forma decisoria en un proceso determinado. Por ejemplo, el artículo 163 de la Constitución Española establece: "Cuando un órgano judicial considere, en algún

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y ii) la excepción de inconstitucionalidad,[41] así como por el auge de modelos amplios de control derivados de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (lo que se ha llamado el control de convencionalidad[42] y el control multinivel[43]).

Pero, más allá del sistema que se adopte y del tipo de juez que exista, es claro que el control de constitucionalidad se dirige básicamente a incorporar un conjunto de procedimientos en garantía del respeto al texto fundamental en todas sus partes, y es allí en donde adquiere una especial trascendencia, pues sin perjuicio de lo amplio o reducido que pueden llegar a ser los textos constitucionales, dos elementos esenciales siempre suelen estar presentes, por un lado, la *parte orgánica,* que refiere a la estructura del Estado, a las funciones que se cumplen por sus órganos y a los límites

---

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".

[41] La *excepción de inconstitucionalidad* constituye una figura que permite inaplicar una norma jurídica en un caso concreto cuando se advierte que la misma es incompatible en su contenido normativo con lo dispuesto en la Constitución. En algunos países, esta figura puede ser activada por cualquier autoridad pública (como es el caso de Colombia) y en otras solo en el desarrollo de actuaciones judiciales (como ocurre en Perú). Precisamente, respecto de esta última alternativa, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional de Perú establece: "Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el *juez* debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución".

[42] El *control de convencionalidad* supone que todas las autoridades de un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) tienen la obligación de inaplicar su regulación interna, cuando ella desconozca el *corpus juris interamericano*, compuesto, en esencia, por las disposiciones del Pacto de San José y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Se trata propiamente de un *control difuso* que, por excelencia, se confiere a los jueces y a los tribunales constitucionales. Su origen deviene de casos como Almonacid Arellano *vs*. Chile; Trabajadores cesados del Congreso *vs*. Perú; Gelmán *vs*. Uruguay.

[43] El *control multinivel* es propio de Europa y se caracteriza, por una parte, por la sujeción de los Estados miembros a lo previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Su lógica implica que las decisiones del Tribunal de Estrasburgo son vinculantes no solo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio (Caso Irlanda *vs*. Reino Unido, 18 enero 1978, párr. 154), de suerte que su doctrina obliga de buena fe a que las normas internas sobre derechos fundamentales solo puedan operar autónomamente en aquellos sectores que no hayan sido tocados por la jurisprudencia del citado Tribunal. No existen en este esquema posibilidades de inaplicación de normas, como en el sistema interamericano, y lo único que se advierte es el Protocolo 16, en el que se establece que los altos tribunales de los Estados miembros pueden presentarle al Tribunal de Estrasburgo opiniones consultivas sobre la interpretación de las disposiciones del tratado. Por otro lado, cabe señalar que la Unión Europea cuenta con su propia Carta de Derechos Fundamentales, la cual resulta obligatoria para los Estados partícipes de dicho esquema de organización, y como consecuencia de su efecto directo, debe aplicarse de forma prioritaria sobre las normas internas de los países miembros. Así lo ha admitido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, por ejemplo, en las sentencias *Volker und Markus Schecke* (C-92 y 93/09, EU:C:2010:662), apartados 58 y 60, y *DEB* (C-279/09, EU:C:2010:811), apartado 40.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que condicionan su actuación (*check and balances*) y, por la otra, la *parte dogmática*, esto es, la consagración de los principios del Estado y de los derechos inalienables de las personas (derechos fundamentales; derechos políticos; derechos económicos, sociales y culturales (DESC); derechos colectivos, etc.).

La justicia constitucional cumple entonces una atribución específica y concreta dentro de la estructura del Estado, la cual corresponde a la *función de defensa del orden constitucional*. Esta labor se expresa, en esencia, en el cumplimiento de dos mandatos principales:[44]

- En primer lugar, se asigna *la protección del Estado constitucional de derecho*, mediante la preservación de los mandatos consagrados en el texto superior, lo que implica un rol dirigido a preservar los límites de los poderes públicos, a controlar el ejercicio del poder (incluso en circunstancias extraordinarias de orden constitucional), a afirmar la igualdad ante la ley, a verificar que funcionen los controles inter e intraorgánicos, a proteger la independencia judicial, a mantener el pluralismo, a garantizar la libertad del sufragio y a salvaguardar el contenido abstracto de los derechos. Todos estos objetivos se alcanzan cuando se elimina (o inaplica) una norma por inconstitucional, asegurando que la justicia constitucional se convierta en la autoridad que reafirma la voluntad popular, que protege la democracia y que ratifica la supremacía de la Constitución.[45]
- En segundo lugar, se le otorga el rol de *defender los derechos humanos,* especialmente a través de figuras como el amparo o la tutela judicial. Se trata de una atribución que goza de especial trascendencia en el sistema difuso,[46] pero

[44] Por fuera de ellas existen materias muy dispares, según los países, como la revisión de procesos electorales, el enjuiciamiento penal de altos cargos del Estado, la garantía de autonomía de entes territoriales, la definición de conflictos de competencia, etc.

[45] Al respecto, Pablo Dermizaky señala: "Para preservar el Estado de derecho la justicia constitucional se erige en árbitro de las grandes cuestiones que dividen y enfrentan a los actores políticos. Es asimismo un factor de cohesión, de integración y de pacificación de la sociedad política cuando, por ejemplo, pone el contrapeso necesario en las relaciones mayoría-oposición parlamentaria, evitando que la primera abuse de su poder numérico en detrimento de los derechos de la segunda. Recordemos que Benjamín Constant decía, a propósito de esto, que 'cuando a la autoridad representativa (léase el parlamento) no se le impone límites, los representantes del pueblo no son ya defensores de la libertad, sino candidatos de la tiranía, puesto que cuando la tiranía está constituida, puede ser mucho más horrible cuanto más numerosos sean los tiranos'" [Pablo Dermizaky, "Justicia constitucional y democracia", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 13 (2009): 219].

[46] Al respecto, Benigno Pendás pone de presente que, en el caso de Estados Unidos, su sistema de control "ofrece muchos hitos en una historia que cuenta ya dos siglos largos. Recordemos los últimos tramos. Los tribunales Warren y Burger se asociaron con la consolidación de los derechos civiles: Brown (1954) pone fin a la segregación racial en la escuela. […] Roe (1973) […] admit[e] con restricciones [la interrupción del embazo]; [y] Bakke (1978) es una decisión crucial a favor de la discriminación positiva, en concreto, sobre la cuota racial en las

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> que generalmente suele tener limitaciones en el sistema concentrado, pues los textos constitucionales reducen su alcance –en muchas oportunidades– a los derechos fundamentales.[47] A pesar de ello, y sin desconocer el uso de figuras jurisprudenciales que han permitido la ampliación de la protección,[48] no cabe duda de que esta función es esencial en la democracia, pues permite que la gente entienda que las instituciones la protegen, a la vez que siembra una cultura a favor de la institucionalidad.

Dentro del escenario en el que se desenvuelven ambas atribuciones, cabe reconocer que la justicia constitucional también desempeña un rol adicional, consistente en la protección de las minorías. Pablo Dermizaky se refiere a este objetivo en los siguientes términos:

> En el Estado constitucional de nuestros días la democracia no es igual a gobierno de la mayoría, porque las minorías tienen derechos consagrados en las Constituciones escritas, la mayoría de las cuales cuentan con declaraciones de derechos, que deben ser protegidos por la justicia constitucional. El Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, Robert H. Jackson, dijo en una opinión que emitió en 1943, que "el propósito de la Declaración de Derechos fue liberar [a] ciertas materias de las vicisitudes de las controversias políticas, sustrayéndolas del alcance de las mayorías y de los empleados del gobierno, y estableciéndolas como principios legales a ser aplicados por los tribunales" (West Virginia State Board of Education vs Barnette).[49]

La justicia constitucional aparece, entonces, como la autoridad que, a la vez que defiende la constitución y somete a ella a todos los poderes, garantiza la vigencia del sistema democrático, pues su norte de acción es, por excelencia, la protección de las libertades civiles de los ciudadanos. Es un órgano que, aun cuando en el sistema difuso se fusiona con la rama judicial (un mismo sujeto con doble ropaje), y en el sistema concentrado suele estar separado y actuar como un órgano autónomo (un

---

universidades" [Benigno Pendás, "División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea", *La división de poderes* (Oviedo: Junta General del Principiado de Asturias, 2009), 228-229].

47 Así ocurre, por ejemplo, en el caso de España (como se constata en el art. 41 de la LO 2 de 1979) o de Colombia (según se advierte en el art. 86 de la CP).

48 En algunos países, como Colombia, se han utilizado las técnicas de la conexidad y de la transmutación de derechos. En el primer caso, a través del entendimiento de que la violación de un derecho de contenido no fundamental es susceptible de amparo por la vía de la conexidad, cuando su desconocimiento implica a la vez la infracción de una garantía que sí tiene dicho contenido (v. gr., se ampara el derecho a la vivienda por la vulneración del debido proceso). En el segundo caso, mediante la reclasificación del lugar que ocupa un derecho, tal como ocurrió con la salud que, en el país objeto de ejemplo, transmutó a fundamental previo reconocimiento de su carácter de DESC (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008).

49 Dermizaky, "Justicia constitucional y democracia", 214.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tribunal especial por fuera de las ramas del poder, tal como lo concibió Hans Kelsen) –aunque ello no siempre ocurre así, en la medida en que algunos países que adoptan este sistema lo consagran como parte de salas especiales dentro de los tribunales ordinarios o como un miembro adicional de la Rama Judicial–, lo cierto es que su función es distinta a la que se concibe como originaria de este poder, ya que, tal y como se explicó, su labor se concreta en la *defensa del orden constitucional*, con las implicaciones políticas, sociales y jurídicas que ello envuelve.

Por consiguiente, es claro que la existencia de dicha función específica dentro de la estructura constitucional, que se convierte en esencial para el adecuado funcionamiento del sistema democrático, torna a la justicia constitucional en un nuevo centro de poder para el correcto desarrollo de las democracias del siglo XXI, por lo que debe reconocerse su rol dentro del esquema de división de poderes, incluso en los sistemas difusos, con el señalamiento concreto de la doble función que cumplen sus jueces, según se constató, en términos de autonomía e independencia.

Conclusión

Tomando las palabras de Fernando Vallespín, existe un hecho que es incontrovertible y es que toda "crisis acaba teniendo consecuencias políticas, [y] crea las condiciones para la gestación de nuevas formas de poder y de reorganización del Estado".[50] Esta realidad se constata en el presente escrito, en el que, luego de referir a las dificultades que se vienen exteriorizado en el sistema democrático, se concluye que, en las democracias del siglo XXI, valdría la pena revisar el esquema de división tradicional de poderes con miras, por una parte, a incorporar dentro del mismo al *electorado*, no solo como sujeto del proceso electoral, sino también como actor político –al que deben otorgarse opciones efectivas de participación en la toma de decisiones públicas–; y, por la otra, a la *justicia constitucional*, como órgano indispensable para la protección del Estado constitucional de derecho y para la realización de los derechos humanos, mediante el ejercicio de la función específica de defensa del orden constitucional.

Bibliografía

Corporación Latinobarómetro. "Informe 2018", http://www.latinobarometro.org/lat.jsp.

Dermizaky, Pablo. "Justicia constitucional y democracia". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 13 (2009).

[50] Fernando Vallespín, "El Estado y la crisis económica", en *Gobernanza democrática,* ed. por Antonio Rovira (Madrid: Marcial Pons, 2013), 54.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Diamond, Larry. "¿Puede el mundo entero ser democrático? Democracia, desarrollo y factores internacionales". *Revista Española de Ciencia Política*, n.° 9 (2003): 9-38. https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/viewFile/37345/20863.

Eurobarómetro. "Sondeos de opinión de 2018". https://europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/eurobarometer.

Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.

Flores Giménez, Fernando. "Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio". *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.° 35 (2015).

García Guitián, Elena. "Los diagnósticos sobre la crisis de las democracias: desde la lucha por la etiqueta a las propuestas de reforma institucionales". En *La democracia herida,* editado por Álvaro Soto Carmona. Madrid: Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos 5, Marcial Pons, 2019.

Huntington, Samuel. *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1994.

Kelsen, Hans. *De la esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 2002.

Linz, Juan J. "Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias". En *Doce lecturas fundamentales de ciencia política,* editado por Irene Delgado y Lourdes López Nieto. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.

Merkel, Wolfgang y Auriel Croissant. "La democracia defectuosa como régimen político: instituciones formales e informales". En *Construcción de Europa, democracia y globalización*, editado por Ramón Máiz. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2001.

Ortiz, Isabel *et al. World Protests 2006-2013*. New York: Initiative for Policy Dialogue and Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013.

Pendás, Benigno. "División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea". En *La división de poderes*. Oviedo: Junta General del Principiado de Asturias, 2009.

Presno Linera, Miguel Ángel. "Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza". En *La metamorfosis del Estado y del derecho*, editado por Miguel Ángel Presno Linera. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014.

Punset, Ramón, coord. "¿De nuevo sobre la división de poderes?". En *Fundamentos 5. La división de poderes*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2009. https://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/quinto/pdfs/presentacion.pdf.

Sarmiento, Daniel. *El derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Soto Carmona, Álvaro. "El triunfo de la democracia (Las transiciones: un camino hacia la democracia)". En *Gobernanza democrática*, editado por Antonio Rovira. Madrid: Marcial Pons, 2013.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

The Economist Intelligence Unit. "Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy". http://www.eiu.com/public/thankyou_download.aspx?activity=download&campaignid=Democracy2018.

The Economist Intelligence Unit. "Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest". http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019.

Vallespín, Fernando. "El Estado y la crisis económica". En *Gobernanza democrática*, editado por Antonio Rovira. Madrid: Marcial Pons, 2013.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/