FAUSTO IGNATOV VINUEZA
fausto-ignatov.de me@fausto-ignatov.de

Entre la “juridificación de la política” y la “politización del derecho”: El poder ‘político’ de la jurisdicción constitucional

Escrito en 2015, traducido, adaptado y publicado en 2025 en relación a la crisis constitucional en Ecuador.

TL;DR:
El texto analiza la naturaleza política y jurídica de los tribunales constitu

En este contexto, se critica la propuesta del presidente ecuatoriano Daniel N

Deutsches Originalmanuskript (2015)Download

Haga click aquí para saltar a la coyuntura ecuatoriana

“Los superpolíticos de Karlsruhe: Karlsruhe también hace política“[1]

Not for publication

Titulares como este, tomado del *Tagesspiegel*, evidencian la ambivalente opinión pública sobre el rol del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) dentro del sistema político alemán.

Alabado como el *“guardián de la Constitución”*, considerado inicialmente como un intruso en la política alemana y más tarde como el baluarte *“que protege los intereses nacionales y el orden político y social consagrado en la Ley Fundamental”*[2], cuenta con más del 40?% de la población alemana que declara una “confianza muy alta” en dicho órgano[3].

La jurisdicción constitucional es, por un lado, un tema directamente político, pues ejerce una de las funciones más importantes dentro del orden de dicho sistema político: el control de la constitucionalidad, central para la separación y limitación del poder. Pero también es una función eminentemente jurídica, ya que la Constitución es un texto legal, y esta función es ejercida exclusivamente por jueces en toga roja.

Si esta función se basa en tal dualismo, **¿acaban mezclándose en algún momento las perspectivas?**

El objetivo de este artículo es, por un lado, debatir la “idoneidad” (*Angemessenheit*) de la politización del derecho y, por otro, la juridificación de la política. Al BVerfG se le acusa de emitir decisiones politizadas (como ilustra el ejemplo citado). Sin embargo, la pregunta debería ser: ¿es realmente así? O incluso: **¿es algo incorrecto?** ¿Debe considerarse esta cuestión desde una perspectiva normativa? ¿Cómo debería manejar el BVerfG, como órgano constitucional directamente político, tales acusaciones? ¿Es la llamada **autocontención judicial** (*judicial self-restraint*) una vía alternativa?

Para ello, se expondrán primero algunas consideraciones preliminares sobre el debate Derecho vs. Política en el contexto de la jurisdicción constitucional. Luego se introducirá la jurisdicción constitucional como elemento de la estatalidad moderna y de la separación de poderes. Posteriormente, se argumentará con base en el debate central entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el guardián de la Constitución, como fundamento del debate sobre la politización del derecho y la juridificación de la política. Más adelante se presentará el poder judicial como poder interpretativo (según Vorländer) y se discutirá la politización del derecho y la juridificación de la política. Finalmente, se presentará el concepto de autocontención judicial como parte de la jurisdicción constitucional, y se cerrará el trabajo con una conclusión y una perspectiva

final.

La jurisdicción constitucional como elemento de la estatalidad moderna

Consideraciones preliminares: Política y Derecho en el caso particular de la Constitución

"*Para que el poder no sea abusado, es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder*"[4] — escribió Montesquieu ya en 1750 como preámbulo de su teoría sobre la separación de poderes. El libro once de su obra *De l'Esprit des Lois* (*El espíritu de las leyes*) es famoso porque el Barón de La Brède y de Montesquieu ilustra el poder de un Estado en el que las leyes se expresan como el "*espíritu general de una nación*". La libertad —en particular, la libertad política[5]— solo puede garantizarse en sistemas donde los poderes políticos, presentados en la constitución mixta de Montesquieu como el Poder Judicial[6], Legislativo y Ejecutivo, no solo se distinguen y actúan de manera independiente, sino que también se limitan y contrarrestan mutuamente[7].

Not for publication

De l'Esprit des Lois es conocido por esta primera propuesta de separación y equilibrio de poderes, pero a menudo se olvida la cuestión fundamental que plantea Montesquieu en la obra: lo que él realmente quería investigar era el origen y reconocimiento de las leyes y regularidades de la época. Su doctrina sobre la separación de poderes y el principio constitucional (de división de poderes) se considera un ejemplo paradigmático de la intersección entre Derecho (leyes) y Política (poder), es decir, una obra de teoría jurídico-política.

La idea de que los temas políticos y jurídicos a menudo se entrelazan no es nueva. Esta intersección es particularmente evidente cuando se trata de constituciones, tribunales constitucionales o el concepto mismo de jurisdicción constitucional. Ya no se niega que los tribunales constitucionales —como parte del Poder Judicial— puedan (o deban) ser considerados actores políticos: "*Que los tribunales de justicia, especialmente los constitucionales, son partes de los sistemas políticos, es una proposición que ya no puede negarse*[8]*"*.

También parece evidente que "l*a jurisdicción constitucional es parte integral del 'ámbito político' del gobierno y, por lo tanto, requiere un análisis político permanente*"[9]. En la discusión estadounidense sobre jurisdicción constitucional, debe señalarse que "l*os análisis van más allá de las decisiones altamente politizadas y forman parte del trabajo cotidiano, tanto periodístico como académico: historia de la Corte Suprema, análisis políticos de distintas fases jurisprudenciales […]*"[10], etc.

En Alemania, el debate es diferente, incluso en la literatura jurídica, donde "l*a literatura sobre la jurisdicción constitucional o el Tribunal Constitucional Federal es tan extensa que apenas se puede abarcar*"[11]. Van Ooyen y Möllers explican esto por la estricta separación entre el "*discurso jurídico interno de una ciencia jurídica 'pura'*", que clasifica cualquier intento de politización de una instancia jurídica (como el BVerfG) como una descalificación científica, y la "*política soberana*" que no se ocupa de estos (banales) discursos jurídicos[12].

> "La afirmación evidente de que el Tribunal Constitucional Federal —y, por supuesto, sus jueces— es un factor de poder político, e incluso que 'hace política' o debe hacerla, sigue siendo percibida como una provocación en el discurso del derecho constitucional. Incluso los jueces constitucionales luchan por liberarse del 'estigma' de lo político.[13]"

En Alemania, la consideración de estas instancias jurídicas apareció, según Klaus von Beyme, "*por obligación […] pero casi siempre al fina*l"[14]. El interés por estudiar la jurisdicción constitucional desde una perspectiva politológica ha crecido recientemente, y ahora existen obras escritas desde un punto de vista genuinamente politológico[15].

La Constitución y la jurisdicción constitucional constituyen un caso particular tanto desde la visión jurídica como politológica. Cuando Karl Loewenstein publicó en 1957 su *Teoría de la Constitución* como *Political Power and the Governmental Process*, volvió a plantearse la cuestión del papel de la ciencia política en la teoría constitucional. Para los politólogos, el concepto clave era "buena constitución", es decir, "buen gobierno"[16], aunque la ciencia política posteriormente se distanció de esta idea.

Not for Publication

Loewenstein se aleja de la tradición alemana de la doctrina del Estado, criticando la construcción del Estado como una elevación metafísica del concepto de soberanía y reconfigurando la teoría del Estado como teoría constitucional[17]. Según Loewenstein:

> "La teoría constitucional no contempla las normas jurídicas en el vacío técnico-legal, sino que las inserta en el flujo vivo del proceso político. Las instituciones y técnicas estatales se evalúan como elementos de la realidad constitucional política (en contraste con la norma constitucional), basándose en datos empírico-analíticos. De ahí, el énfasis de la teoría constitucional en el fenómeno del poder como motor de todo acontecer político."[18]

Con su teoría constitucional, Loewenstein nos regaló una de las miradas más profundas y detalladas sobre cómo deben considerarse las constituciones desde la politología. Los pilares de su análisis politológico son los conceptos de pluralismo y la autonomía del individuo como objetivo de la Constitución, centrando su obra no en la teoría del Estado sino en la teoría de la Constitución[19].

En resumen: la jurisdicción constitucional se encuentra en la frontera entre Derecho y Política. Desde el Derecho, una constitución y su desarrollo en la jurisdicción constitucional son fundamentos del orden legal. Desde la politología, la constitución es el estatuto organizativo del orden político, y dentro de esas instituciones se busca el "*concepto de lo político […] como poder en el sentido de violencia e impulso*". Más allá del poder, conceptos como democracia son centrales para comprender tanto la Constitución como la jurisdicción constitucional desde una perspectiva política.

Jurisdicción constitucional en el contexto de la separación moderna de poderes

Los tribunales constitucionales como parte del Poder Judicial en la separación moderna de poderes tienen una historia relativamente reciente. Hasta después de la Segunda Guerra Mundial, incluso entre democracias, eran una institución poco común[20]. Se sabe que la idea de "*dotar a los jueces con la posibilidad de revisar leyes aprobadas por el parlamento para comprobar su conformidad con la constitución*"[21] proviene originalmente de Estados Unidos.

Sin embargo, la Constitución estadounidense no contenía expresamente este derecho, sino que fue creado por la Corte Suprema en el caso *Marbury vs. Madison*[22]. Este derecho de revisión no encontró eco inmediato en Europa, salvo en la Constitución republicana de Portugal de 1911[23]. No obstante, la contribución más decisiva proviene de Hans Kelsen: la incorporación de una instancia de control de constitucionalidad en la Constitución austriaca de 1920, el primer tribunal constitucional del mundo[24]/[25].

Tras la Segunda Guerra Mundial, se habla de una época de "*expansión constante*" y de la "*victoria*"[26] de la jurisdicción constitucional en los sistemas políticos de todas las regiones. La jurisdicción constitucional pasó a considerarse como "l*a expresión adecuada y piedra angular del Estado constitucional*" y como un elemento de una "*constitución equilibrada en poderes*"[27].

Existen, sin embargo, diferentes modelos de jurisdicción constitucional. Por un lado, el modelo estadounidense, donde la jurisdicción constitucional es una función y no necesariamente una institución independiente[28]. Esta función es ejercida por la Corte Suprema como tribunal supremo, combinando sus funciones ordinarias con las constitucionales. Este modelo está presente en Estados Unidos, la mayoría de los países del *Commonwealth* y algunos países latinoamericanos[29].

Not for publication

Por otro lado, el modelo austro-alemán establece un tribunal autónomo e institucionalmente independiente, como ocurre en Austria y Alemania[30]. Este modelo ha sido adoptado también en Bélgica, Francia, Grecia, Italia, España, Turquía, Hungría y Rusia. Es importante destacar que los tribunales del primer tipo (modelo estadounidense) suelen tener **competencias notablemente más limitadas**, aunque se observa una tendencia hacia el segundo modelo (austro-alemán)[31].

Existen además otros criterios clasificatorios y características determinantes más allá de la independencia institucional, tales como:

- el rol del tribunal como órgano constitucional,
- el alcance de sus competencias, como la resolución de disputas entre los máximos órganos del Estado o entre niveles federales (competencia Estado-Estado),
- el derecho de revisión mediante controles de normas abstractas o concretas,
- y las demandas constitucionales (*Verfassungsbeschwerden*) como "control de las acciones estatales frente al ciudadano".

No obstante, la característica más importante de cualquier jurisdicción constitucional sigue siendo el control de la **constitucionalidad de las leyes**[32].

"El guardián de la Constitución": Carl Schmitt vs. Hans Kelsen en el contexto europeo[33]/[34]

En el contexto internacional, también existen distintos enfoques sobre las instancias que ejercen las funciones de jurisdicción constitucional. En los diversos sistemas políticos "*predominan distintas concepciones sobre quién, en última instancia, debe ser soberano y guardián de la Constitución*"[35]. Estas reflexiones también tienen un trasfondo histórico: el concepto de "*guardián de la Constitución*", entendido como el órgano con la potestad decisoria última sobre cuestiones constitucionales (¿Quién debe proteger la Constitución?), fue el eje del célebre debate 'jurídico-político' entre el jurista del Tercer Reich Carl Schmitt y el padre de la Constitución austriaca (y de la jurisdicción constitucional) Hans Kelsen.

Este debate se centra profundamente en el conflicto entre Derecho y Política en relación con la Constitución. La controversia entre Schmitt y Kelsen tiene su origen en sus distintas concepciones sobre la naturaleza de la Constitución. Para Kelsen, la Constitución es "*expresión de las relaciones de poder político*"36. Partiendo de la idea de una sociedad pluralista, Kelsen entiende la Constitución como un instrumento para institucionalizar y fijar las reglas del juego en procedimientos racionales y predecibles; sería, pues, un "*consenso mínimo*" y una norma superior para la "*producción normativa*"37.

Para Kelsen, el guardián de la Constitución debe ser una "*jurisdicción constitucional institucionalizada como elemento de una democracia pluralista*"38, cuya función central es el control del poder39. Esta jurisdicción permite que una instancia jurídica controle la legislación parlamentaria "*en cuanto a su compatibilidad con el consenso fundamental [= Constitución]*", y garantiza al mismo tiempo que este consenso básico no pueda ser anulado arbitrariamente por un grupo dominante (= mayoría), en perjuicio de los demás (= oposición)40.

El foco de la jurisdicción constitucional, para Kelsen, es la protección de las minorías:

> "Si se entiende la esencia de la democracia no como un dominio ilimitado de la mayoría, sino como un compromiso permanente entre los grupos del pueblo representados por mayoría y minoría en el Parlamento, entonces la jurisdicción constitucional es un instrumento especialmente adecuado para realizar esta idea."41

Not for publication

Para Kelsen, la jurisdicción constitucional es la instancia central (si no única) de garantía constitucional42:

> "La jurisdicción estatal es jurisdicción constitucional, y como tal, garantía judicial de la Constitución. Forma parte del sistema de medidas técnico-jurídicas destinadas a asegurar la legalidad del funcionamiento estatal."43

El tribunal constitucional sería, según Kelsen, un órgano directamente político que ejerce poder mediante la función del control (abstracto) de normas como "*legislador negativo*"44. No obstante, una jurisdicción constitucional solo puede considerarse "*guardián de la Constitución*" si "*comparte el poder —y por tanto esta función— con otras fuerzas políticas (y 'guardianes') en un contexto pluralista*", es decir, dentro de un sistema de *checks and balances*, evitando centros de poder organizados45.

Carl Schmitt, en cambio, entiende la Constitución como un "*orden normativo fundamental y del ser*", y no como un simple corpus de textos constitucionales46. Para él, la Constitución no es un concepto jurídico, sino eminentemente político. De ello se deriva que la jurisdicción constitucional "*solo puede ser una instancia política*"47, siendo que lo político, para Schmitt, se basa exclusivamente en la "d*istinción entre amigo y enemigo*"48.

Como enemigo del liberalismo democrático, Schmitt parte de la idea de una "*unidad homogénea del pueblo*"49. El Parlamento —en ese entonces el Reichstag—, en tanto expresión de una "*democracia pluralista de partidos*" y de un "*parlamentarismo degenerado*", no estaría capacitado para ejercer tales funciones50. Para Schmitt, el Presidente del Reich, como "*poder neutral en el Estado de partidos pluralista*", es la instancia que debe encarnar las funciones de la jurisdicción constitucional.

Según Schmitt, la propuesta de Kelsen sobre la jurisdicción constitucional como "g*uardián de la Constitución*" se basa en la "*incompatibilidad entre Constitución y jurisdicción, entre Política y Derecho,*

entre legislación y justicia”[51]. Así lo expresa Schmitt:

> “Mientras un Estado sea unidad política y no solo un compromiso entre factores políticos, la Constitución será Constitución del Estado y no solo Constitución del tribunal.”[52]

Schmitt advierte contra una “*expansión desenfrenada del poder judicial*”, que no solo podría convertir al Estado en una jurisdicción, sino incluso:

> “Convertir a los tribunales en instancias políticas […]. No es que la política se juridificara, sino que la justicia se politizó. Justicia constitucional sería entonces una contradicción en sí misma.”[53]

Para Kelsen, este problema planteado por Schmitt sobre la juridificación de la política y la politización de la justicia no es más que un pseudo-problema. Desde su comprensión de la separación de poderes, Kelsen busca “*asegurar a la ejecutiva un ámbito autónomo de poder que no esté sujeto a control democrático-parlamentario*”[54]. Por otro lado, critica una visión de la “*alta política*” donde lo político se eleva metafísicamente por encima del derecho (soberanía), lo que lleva a que la política se sustraiga del Derecho como no justiciable[55].

Not for publication

El debate sobre el “*guardián de la Constitución*” es otro ejemplo de cómo las perspectivas política (politológica) y jurídica están profundamente entrelazadas en las cuestiones del constitucionalismo. En el caso de Schmitt y Kelsen, la discusión comienza ya en la divergencia sobre qué es una Constitución, pero aún más, sobre qué significan los conceptos de Política y Derecho.

Schmitt sostiene que la justicia apolítica no tiene la capacidad de ocuparse de cuestiones políticas como las constitucionales, y por eso propone al Presidente del Reich como guardián[56]. Kelsen, en respuesta, argumenta que la “separación definitoria entre política y derecho” es un error, y que un órgano democrático debe encargarse de resolver cuestiones políticas[57].

Al final, la propuesta de Kelsen tuvo muchos más adeptos tras la Segunda Guerra Mundial. Se habla incluso de un “*triunfo de la institución del tribunal constitucional*”, dado que la mayoría de los países europeos incorporaron, a lo largo del siglo XX, tribunales constitucionales como instancias de control constitucional en tanto órganos jurídicos.

La jurisdicción constitucional en el contexto de lo político

El poder judicial como poder de la Constitución: jurisdicción constitucional como poder interpretativo[58]

La pregunta sobre el **poder** de la jurisdicción constitucional puede parecer inusual[59] debido a la concepción ortodoxa que la considera una instancia exclusivamente jurídica[60]. Sin embargo, el **poder del Poder Judicial** como un factor central en el proceso político es indiscutible.

El concepto de poder tiene una connotación político-filosófica directa. La cuestión ya no es quién posee el poder, sino **cómo** se ejerce ese poder desde la judicatura. En primera instancia, el poder del poder judicial se interpreta como **poder de veto**[61], ya que —a diferencia del poder legislativo o ejecutivo— **su poder**

solo puede ejercerse reactivamente. Es decir, **depende de que los otros poderes actúen primero**, puesto que su competencia se limita a verificar la validez de decisiones ya tomadas por los otros poderes[62].

Se distingue entre:

- **Poder explícito**, como la anulación de actos del Ejecutivo o del Legislativo, que tiene un efecto directo en el proceso político, y por lo tanto puede verse como una **limitación del poder político**[63];
- y **poder implícito**, cuando un tribunal interpreta un acto sin anularlo, lo cual también constituye una forma de ejercicio de poder[64].

Otra forma de aproximarse a esta cuestión sostiene que el **poder judicial se ejerce** cuando las decisiones de los tribunales sobre la validez de actos legislativos o ejecutivos **son obedecidas**[65]. Es decir:

- Las acciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo **se someten a algo anterior a ellas**, que es la Constitución[66], y
- Esa subordinación es garantizada por el principio de jurisdicción constitucional.

Not for Publication

El **poder de la Constitución** depende de su **significado**. Pero si ese significado fuese siempre evidente, o pudiera definirse de manera objetiva y sin ambigüedades, **no se podría hablar de poder judicial como tal**. En ese caso, sería simplemente el **poder de la Constitución**, ejercido por el tribunal. Se puede hablar de poder judicial solo cuando existe una **condición previa suficiente**, a saber: **la indeterminación del significado de la Constitución**[67].

En el centro de las decisiones de la jurisdicción constitucional está la **interpretación de la Constitución**. El poder de esta jurisdicción puede definirse como **poder interpretativo**, es decir, la **autoridad para interpretar de manera vinculante** la Constitución. En palabras de Hans Vorländer:

> "El tribunal constitucional, por su tarea y función, es el intérprete autoritativo y con carácter de última instancia de la Constitución, y por ello sus decisiones siempre llevan consigo una pretensión de soberanía sobre su interpretación vinculante."[68]

La Constitución como "*fuente de sentido y validez del orden político*"[69] solo se mantiene si la **validez fundacional** (del momento constituyente) se **transforma en validez continua**[70]. Esto ocurre únicamente si el **poder del autor constitucional** se transfiere a la **autoridad del intérprete constitucional**[71] —es decir, los jueces constitucionales.

Así, el poder de la jurisdicción constitucional puede resumirse como la **capacidad de establecer el sentido duradero de la Constitución** y **adaptarlo a las condiciones cambiantes del tiempo**[72].

Ahora bien, esta **autoridad interpretativa** está sujeta a ciertas **limitaciones**:

- Por un lado, depende del **valor simbólico de la Constitución**: el BVerfG necesita que la Constitución que interpreta tenga un alto reconocimiento simbólico para que su interpretación pueda convertirse en un acto de poder efectivo[73].
- Por otro lado, depende del **reconocimiento de esa interpretación por parte de los destinatarios** (otros poderes del Estado, la opinión pública, los ciudadanos, etc.)[74].

Juridificación de la política y politización del derecho[75]/[76]

> "El verdadero ganador de soberanía en el Estado constitucional es el intérprete constitucional."[77]
>
> — Otfried Höffe

En una democracia constitucional, **el conflicto entre las instituciones políticas** —el Legislativo y el Ejecutivo— y la **jurisdicción constitucional** está, por naturaleza, **predeterminado**[78]. Este choque entre la jurisprudencia del tribunal constitucional y la esfera pública política **forma parte de la normalidad** de una democracia constitucional[79].

El problema **no radica en la existencia del conflicto**, sino cuando se intenta medir el poder de la jurisdicción constitucional **según el grado en que interviene en la política**, ya sea como intromisión del derecho o como transgresión de límites institucionales[80].

Not for Publication

Hans Kelsen abordó esta problemática desde el principio, considerando que hablar de una "*juridificación de la política*" o una "*politización de la justicia*" es un **problema aparente** (*Scheinproblem*). Para él, esa dicotomía nace de una **interpretación errónea de la separación de poderes** o de una visión **metafísica del poder político**, donde lo político se eleva por encima del derecho bajo el concepto de "soberanía", alejándolo de toda posibilidad de control judicial.

Kelsen considera absurda esta construcción de un dualismo entre política y justicia. Así lo expresa:

> "Se parte del supuesto erróneo de que entre la función judicial y las funciones políticas existe una oposición esencial, especialmente en la idea de que la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes es un acto político y, por tanto, no es función judicial."[81]

Para Kelsen, **toda decisión judicial** incluye elementos **de poder y decisión**, lo cual —según Carl Schmitt— pertenece exclusivamente a lo político. Pero para Kelsen, este **elemento de decisión judicial** es inevitable y forma parte del ejercicio del poder[82]. Rechaza la idea de que:

- La legislación es **productora de derecho**, y
- La jurisdicción es solo **reproductora** del derecho existente.

Más bien, argumenta que el **legislador**, al establecer la jurisdicción constitucional, **transfiere al juez el poder de creación jurídica**, lo que le otorga un poder político[83]. Este poder **no es cualitativamente distinto** al del legislador, sino únicamente **cuantitativamente**[84].

Cita Kelsen:

> "Todo conflicto jurídico es en realidad un conflicto de intereses o de poder; todo litigio legal es por lo tanto un conflicto político. Y a la inversa, todo conflicto designado como político puede ser resuelto jurídicamente."[85]

Desde su perspectiva, la "j*uridificación de la política*" y la "*politización del derecho*" **no son contradicciones**, sino expresiones funcionales de la **distribución del poder** en una democracia constitucional. Así, un tribunal constitucional **es y debe ser una instancia política**, aunque opere con el código del derecho[86].

En Alemania, sin embargo, estos conceptos se perciben en el discurso público como algo **negativo**. Titulares como:

> "¡Otra vez el Tribunal Constitucional ha hecho política!"[87]

…revelan el tono reprobatorio con el que se enjuician estas actuaciones del BVerfG en los medios de comunicación y en la opinión pública.

Paradójicamente, **los mismos actores políticos** —gobierno y oposición— han recurrido al BVerfG para **derrotar al adversario político mediante argumentos constitucionales**[88]. Esto ha llevado a acusaciones mutuas de "politización de la justicia constitucional" o "juridificación de la política".

Not for publication

Curiosamente, estos ataques han reforzado el poder interpretativo del BVerfG, al destacarlo como **árbitro** y **mediador** en conflictos políticos[89]. En los años 70, esta interpretación consolidó su **práctica institucional**: el tribunal pasó a **"encarnar" la Constitución**, su evolución y su necesidad permanente de interpretación[90].

Las sentencias del BVerfG se emiten "**en nombre del pueblo**", y su fundamento exclusivo es la Constitución —una base que el propio tribunal subraya continuamente[91].

Sin embargo, en el debate sobre el constitucionalismo de los últimos años seencuentran repetidamente referencias a la denominada doctrina de la cuestión política o political question. Se trata de que "*determinadas cuestiones deben decidirse prioritariamente mediante el debate político*"[92]. En la República Federal, por ejemplo, se acusa al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de "*conceder un cierto margen de maniobra en las decisiones sobre pronósticos políticos*"[93] e incluso de juridificar la política o de dictar sentencias constitucionales extraconstitucionales[94]. Sin embargo, cabe señalar que la cuestión política es un producto del derecho estadounidense[95]. Tampoco es una teoría exhaustiva y puede resumirse como la capacidad del Tribunal Supremo de "*rechazar en principio cuestiones porque son demasiado políticas para él*"[96]. En Alemania, la doctrina de la cuestión política no es del todo compatible e incluso resulta obsoleta, «ya que se rige por los criterios de examen desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal» [97].

La autocontención judicial (judicial self-restraint) o "*no hacer política*"[98]

El concepto de *judicial self-restraint* se refiere, en términos generales, a la doctrina de **autocontención judicial**, es decir, el principio de que los tribunales constitucionales deben **autolimitarse** para **no intervenir en el ámbito político**[99].

En Alemania, esta doctrina aparece expresada, por ejemplo, en el enfoque de **Gerhard Leibholz**, quien considera al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como un "*tribunal de estatus*", es decir, con una **posición subordinada** respecto de otros órganos constitucionales, los cuales están

encargados de la **función integradora del Estado**[100]. Según este enfoque, el tribunal debe **mantenerse neutral** y dejar la "*política del día a día*" a los demás órganos del Estado[101].

Como contraposición al llamado **"activismo judicial"**, esta doctrina se desarrolló en los Estados Unidos. Allí, el *judicial self-restraint* abarca un amplio espectro de definiciones, como por ejemplo:

1. Los jueces **aplican la ley**, no la crean (*legalismo*, *formalismo*).
2. Los jueces **dejan amplio margen de decisión** a otros poderes: los tribunales de apelación se limitan frente a los tribunales inferiores o a las agencias administrativas, y todos los jueces muestran deferencia hacia las decisiones del legislativo y del ejecutivo (*modestia institucional*).
3. Los jueces se muestran **extremadamente reacios a declarar inconstitucionales** las acciones del legislativo o ejecutivo. La deferencia alcanza su punto máximo cuando se impugna la constitucionalidad de una ley[102].

Este último punto refleja una actitud de **respeto hacia los poderes elegidos democráticamente**, y también parte de la suposición de que **los legisladores toman mejores decisiones políticas que los jueces**[103].

Not for publication

En el contexto alemán, el principio se define así:

> "Según el principio de *judicial self-restraint*, la jurisprudencia no debe responder ni intervenir en cuestiones de diseño que pertenezcan al ámbito original del poder legislativo o ejecutivo." [104]

El Tribunal Constitucional Federal ha **institucionalizado este principio** como una de sus máximas directrices. En su decisión BVerfGE 36, 1, se establece:

> El principio de la autocontención judicial tiene como objetivo mantener abierto el espacio de libre configuración política garantizado por la Constitución para los demás órganos constitucionales.

Sin embargo, no se trata aquí de ocultar la política en la justicia,

> "*sino de que el legislador legitimado directamente por el pueblo […] establezca normas para la **configuración positiva** del orden social.*"[105]

Es decir, el objetivo no es esconder la política en la justicia, sino evitar que **el tribunal imponga directrices normativas de carácter político**, que deberían ser responsabilidad del legislador democráticamente legitimado.

Como **respuesta a las acusaciones** de juridificación de la política o politización del derecho, el principio de autocontención se expresa en el hecho de que el tribunal **suele confirmar la conformidad** de las leyes y tratados con la Constitución, es decir, **ratifica lo que la política ha decidido**[106].

En contraste, el **activismo judicial** se refiere a la actitud proactiva del poder judicial, que se manifiesta principalmente en la creación de nuevas instituciones jurídicas a través de la interpretación[107].

En este sentido, la **autocontención judicial** representa la **pasividad** del juez, que se limita a aplicar el derecho existente, mientras que el **activismo judicial** implica una labor **creadora** de derecho desde la jurisprudencia.

Perspectivas y conclusión[108]

> "La democracia constitucional conlleva una tensión inherente entre constitucionalismo y democracia, entre derecho y política."[109]

El trabajo y las funciones de un tribunal constitucional, como el **Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG)**, están profundamente marcados por la **oposición constante** entre derecho y política.

Como "**guardián de la Constitución**" en los sistemas políticos modernos, la jurisdicción constitucional se apoya en dos fundamentos:

- Por un lado, un texto **jurídico**, que define cómo se crean y aplican las normas legales.
- Por otro, un texto **político**, que organiza las funciones de los distintos órganos del Estado y define aspectos esenciales de la estatalidad (véase el artículo 20 de la Ley Fundamental de Alemania).

Not for publication

Dentro de este **dualismo**, la jurisdicción constitucional **opera y decide**. Y es precisamente por esta posición ambivalente que se le **acusa** de ser:

- Demasiado **política**, cuando interviene en procesos políticos exclusivos y "juridifica" la política.
- O, por el contrario, de ser víctima de **intromisiones políticas**, cuando actores políticos interfieren en su labor jurisdiccional y "politizan" el derecho.

Lo cierto es que **la jurisdicción constitucional no puede ser separada del orden político**. Aunque opera con un código distinto —"jurídico" en lugar de "político"—, sigue siendo un **actor político** dentro del sistema político. Negar su dimensión política significaría **amputar una parte fundamental del principio de separación de poderes**.

Dado que el Poder Judicial —en su manifestación como tribunal constitucional— **posee el poder interpretativo de la Constitución**, está en condiciones de tomar decisiones que **influyen directamente en el orden político**. Por tanto, **es un actor político**, aunque se intente distanciarlo del espectro político convencional.

La cuestión de si el tribunal "hace política" o no, depende de **cómo se defina el concepto de política**:

- Si se adopta la visión de **Carl Schmitt**, que la reduce a decisiones basadas en la distinción entre amigo y enemigo, se considerará que el tribunal **no hace política**.
- Pero si se asume una perspectiva **democrática y pluralista** como la de **Hans Kelsen**, entonces el tribunal **sí ejerce funciones políticas legítimas**.

En definitiva, preguntarse si el tribunal constitucional hace política o no, es una cuestión **normativa** que remite a la tradición de **separación estricta de poderes**. Sin embargo, como órgano constitucional, el tribunal **no solo tiene la capacidad de hacer política**, sino que **de hecho la ejerce**.

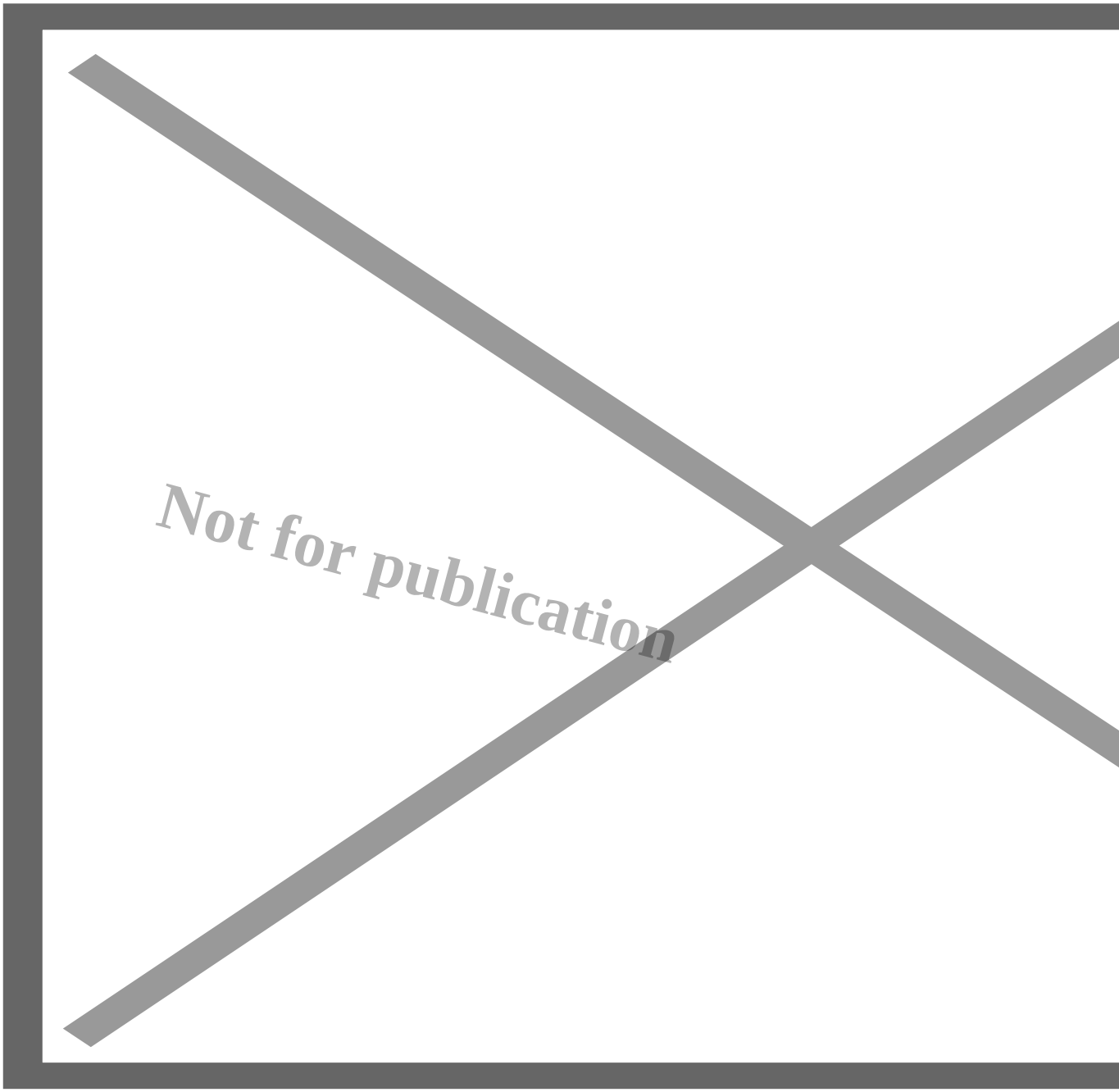
La Constitución, como texto político y jurídico a la vez, solo puede ser interpretada por el tribunal bajo el **código jurídico** (“válido/no válido”), pero las decisiones que se derivan de esa interpretación tienen **efectos políticos directos**.

Como dijo Böckenförde:

> “El legislador tiene la iniciativa, pero el tribunal constitucional tiene la última palabra.”[110]

Sobre la pregunta N° 6 de la propuesta para Consulta Popular en Ecuador 2025

Not for publication



Esta imagen fue generada por IA.

Bajo el argumento de **destrabar** el proceso político puesto en marcha por el presidente Daniel Noboa, especialmente después del fallo desfavorable sobre tres leyes tramitadas por la Asamblea Nacional en el 2025, el mandatario pone a consideración del Soberano en la pregunta N.° 6, en el marco de una nueva consulta popular a realizarse a finales del año, lo siguiente:

> ¿Está usted de acuerdo con que los jueces de la Corte Constitucional sean también considerados como autoridades sujetas a juicio político, enmendando la Constitución de conformidad con el Anexo de la pregunta?

Según la Constitución del Ecuador (2007), los y las juezas de la Corte Constitucional gozan de fuero político (art. 413), es decir, que no pueden ser sujetos de juicio político. Este principio es un elemento fundamental de una democracia moderna, ya que garantiza la independencia de este tribunal de otros órganos constituidos, permitiendo a los y las juezas ejercer el control constitucional independientemente del gobierno de turno, las mayorías legislativas y posibles presiones coyunturales. Esto no quiere decir que los y las juezas sean figuras intocables: ellos y ellas responden con sus actos u omisiones de manera similar al resto de autoridades públicas. Como la instancia más alta del Poder Judicial, son sujetos en caso de incumplimiento o arraigo de funciones o alguna acusación penal del criterio de la Corte Nacional de Justicia.

La independencia política de la Corte Constitucional del resto de órganos constitucionales, como el Ejecutivo y el Legislativo, es una característica fundamental de una democracia. Esto aplica tanto en relación al control que pudiesen ejercer los órganos sobre la Corte Constitucional como a la Corte Constitucional en sí y su jurisprudencia. La interpretación de la Constitución que realiza la Corte Constitucional tiene que estar basada en los preceptos establecidos para este fin y debe distanciarse manifiestamente de corrientes o ideologías políticas (individuales) ajenas al texto constitucional. Caso contrario, se arriesga la absolutamente justificada acusación de politización del derecho, lo cual podría llegar a socavar no solo la legitimidad del tribunal, sino también la confianza pública en el orden constitucional establecido. Si la Corte se convierte en un instrumento de intereses partidistas o adopta decisiones guiadas por afinidades ideológicas en lugar de criterios jurídicos basados en la Constitución, se distorsiona su rol como garante imparcial de la Constitución, quedando debilitado el principio de separación de poderes, y con él, la base misma de la democracia constitucional.

Not for publication

Dicho esto, creer que los y las jueces de la Corte Constitucional del Ecuador son actores apolíticos y que sus decisiones se basan en la jurisprudencia pura distanciada de la política es también una **ilusión**. A mi parecer, existe una diferencia entre **1) *"hacer política"*** como un acto proselitista alejado de cualquier interpretación constitucional a favor de mantener o cambiar el status quo con base en intereses partidistas o afinidades ideológicas, lo que sería absolutamente reprochable en el caso de un o una jueza constitucional; y **2) *"aplicar la política"*** consagrada en la Constitución y velar por que se respeten y se apliquen sus preceptos. Disfrazar a la "aplicación de la política" como un acto de judicialización de la política o politización de la justicia (como pseudoproblemas) o como una debilidad del sistema es desconocer la naturaleza y el origen de un texto normativo como la Constitución. **Considerar a la Constitución exclusivamente como un marco normativo es ignorar su origen como el resultado de un proceso democrático** en el que, a través de nuestros representantes y con base en un trabajo deliberante y legislativo, nos dimos este "*consenso mínimo*" del que habla Hans Kelsen para otorgar derechos, organizar al Estado y controlar el poder político. La interpretación jurídica de un texto normativo que de ninguna forma puede considerarse ajeno a la política.

Pero, mucho más allá de querer hacer un juicio de valor sobre la política en las instancias constitucionales, quiero **dejar en evidencia esta diferenciación y el riesgo que implica la acusación de la politización del control constitucional**, ignorando su naturaleza profundamente arraigada en el diseño institucional de una democracia moderna. Ignorar esta complejidad puede llevar a la malintencionada malinterpretación del rol de la Corte Constitucional, reduciendo su instancia a una supuesta intromisión indebida en la esfera política, cuando en realidad ejercen un poder interpretativo legítimo (*legislación negativa*) que forma parte

esencial del equilibrio de poderes. Reconocer esta tensión inherente no significa justificar el **activismo judicial (no político (!))**, sino comprender que toda decisión constitucional tiene implicaciones políticas inevitables, incluso cuando se basa estrictamente en argumentos jurídicos.

El control constitucional que ejerce la Corte es la última instancia que separa a una democracia (tan mínima como sea en el caso ecuatoriano) **de la arbitrariedad del autoritarismo**. Los y las juezas constitucionales, más que "guardianes de la Constitución" (título que, a mi parecer, debería ser aspirado por todos los órganos de un Estado democrático), son, a fin de cuentas, los guardianes de nuestros derechos individuales, colectivos y comunitarios. Las instancias constitucionales son un ejercicio de absoluta soberanía que no puede ser menoscabado al hacerse sujeto del control político por parte de órganos cuyas decisiones son al mismo tiempo sujetas del control constitucional (*constitutional review*). **Poner en duda la independencia política de este órgano y amedrentar a sus miembros para que sean sujetos del control político de los órganos sobre los que se ejerce control genera un riesgo sin precedentes para el orden democrático**. Al considerar a los y las juezas como autoridades sujetas a juicio político, se adhiere a la Corte Constitucional a un nuevo orden político, generando necesariamente una reconfiguración de las dinámicas entre los órganos constitucionales que influirá en el ámbito de las decisiones constitucionales y conduciendo a un slippery slope o efecto dominó en el que el poder ya no podrá frenar al poder.

Not for publication

Considerar a los y las juezas constitucionales como sujetos de juicio político bajo el argumento de minimizar la influencia de posiciones políticas en decisiones constitucionales **puede incluso exacerbar este fenómeno**: los y las juezas, al verse sujetos al vaivén político del Legislativo, pueden inclinar su interpretación de las provisiones constitucionales a las condiciones políticas del momento, socavando más aún el Estado de Derechos a favor de una interpretación politizada de la Constitución.

La democracia en Ecuador es imperfecta y todavía se entiende mucho desde una perspectiva meramente electoral. No puedo evitar pensar en Alberto Acosta y su llamado a "***siempre más democracia, nunca menos***"[111]. **Siempre más democracia** no radica exclusivamente en consultar al Pueblo Soberano sobre soluciones preestablecidas a una agenda de problemas (muchas veces inventados). **Más democracia** implica fortalecer el trabajo de los órganos constitucionales, especialmente aquellos de control; no menoscabar su rol, reducir sus competencias ni disminuir su ámbito de control. **Más democracia** también significa expandir el rol de "guardianes de la constitución" a todos los órganos constituidos, para que su trabajo se realice con base en los preceptos del Estado constitucional, social, democrático, de derechos y justicia. Pero sobre todo, **más democracia** significa empoderar al Pueblo Soberano para que tome las riendas de su presente y futuro y, de forma informada, participativa y concertada, pueda crear y mantener las condiciones para una vida ciudadana, soberana y libre..

References

- Acosta, Alberto (2009): Siempre más democracia, nunca menos. A manera de prólogo. In. Acosta, Alberto; Langer, Edgardo; Gudynas, Eduardo; Wray, Norman; León, Magdalena; Quintero, Rafael; Carrere, Ricardo; Quiroga, Dania; Houtart, François (2009): Buen Vivir. Una Vida para el Desarrollo. Quito: Editorial – Abya Yala, S. 19-30.
- Arnim, Hans Herbert von; Kirchhof, Paul; Korinek, Karl; Müller, Jörg Paul; Schlaich, Klaus (1981): Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Innsbruck vom 1. – 4. Oktober 1980. Berlin, New York: W. de Gruyter (Veröffentlichungen der

Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 39).
- Biegi, Mandana (2008): Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.
- Birle, Peter; Dewey, Matias; Mascareño, Aldo (2012): Durch Luhmanns Brille. Herausforderungen an Politik und Recht in Lateinamerika und in der Weltgesellschaft. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991): Grundrechte als Grundsatznorm. Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders.: Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt/M, S. 159 – 199.
- Borja, Rodrigo (2002): Enciclopedia de la política. 3a. ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bornemann, Basil (2007): Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgericht? Systemtheoretische Betrachtungen zum Wandel des Verhältnisses von Recht und Politik und zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Zeitschrift für Rechtssoziologie 28 (1), pp. 75–95.
- Brodocz, Andre (2009): Die Macht der Judikative. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften (Verfassung und Politik).
- Brodocz, André (2014): Die Verfassung des Politischen. Festschrift für Hans Vorländer. Herausgegeben von Dietrich Herrmann, Rainer Schmidt, Daniel Schulz, Julia Schulze Wessel. Wiesbaden: Springer VS (SpringerLink : Bücher).
- Cattaneo, Mario A. (2009): Recht und Gewalt. Ein problematisches Verhältnis. Berlin, Münster: Lit (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen / Kleine Schriften, Bd. 18).
- Doehring, Karl (2004): Allgemeine Staatslehre. Eine systematische Darstellung. 3., neubearb. Aufl. Heidelberg: Müller (Jurathek : Studium).
- Enzmann, Birgit (2012): Der Demokratische Verfassungsstaat. Entstehung, Elemente, Herausforderungen. Wiesbaden: Springer VS.
- Grote, Rainer; Badura, Peter; Starck, Christian (2007): Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hönnige, Christoph (2007): Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss (Studien zur Neuen Politischen Ökonomie).
- Huber, Peter M. (2008): Staat und Wissenschaft. Paderborn, München, Wien, Zürich: Schöningh (Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, Bd. 9).
- Kelsen Hans/van Ooyen, Robert Christian (2008): Wer soll Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kelsen, Hans (1931): Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Berlin Grünewald: W. Rothschild.
- Kommers, Donald P. (1976): Judicial Politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court. Beverly Hills, Calif.: Sage Publications (Sage Series on politics and the legal order, v. 5)
- Jestaedt, Matthias (2009): Die Verfassung hinter der Verfassung. Vom Wesen und Wert der Verfassungstheorie. 1. Aufl. Paderborn: Schöningh (Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, 12).
- Lever, Annabelle (2009): Democracy and Judicial Review: Are They Really Incompatible? In Perspectives on Politics 7 (4), pp. 805–822.
- Limbach, Jutta (2001): The Concept of the Supremacy of the Constitution. In The Modern Law Review 64 (1), pp. 1–10.
- Loewenstein, Karl (1959): Verfassungslehre. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck).

Not for publication

- Maus, Ingeborg (1986): Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. München: W. Fink.
- Mayer-Tasch, Peter Cornelius (2009): Politische Theorie des Verfassungsstaates. Eine Einführung. 2.,neu bearb. und aktualisierte Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.
- Montesquieu, Charles de (1799): Des Herrn von Montesquieu sämmtliche Werke. Nach der neuesten und vermehrten Auflage aus dem Französischen übersetzt und mit vielen Anmerkungen versehen. Wien: Bauer.
- Posner, Richard A. (1983): The Meaning of Judicial Self-Restraint. In Indiana Law Review 59 (1), pp. 1–24.
- Posner, Richard A. (2012): The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. In California Law Review 100 (3), pp. 521–556.
- Pötzsch, Horst (2005): Die deutsche Demokratie. 4., aktualisierte Ausg. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Schiffers, Reinhard (1984): "Ein mächtiger Pfeiler im Bau der Bundesrepublik". Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. In Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 32 (1), pp. 66–102.
- Schmidt, Rainer (2012): Verfassungskultur und Verfassungssoziologie. Politischer und rechtlicher Konstitutionalismus in Deutschland im 19. Jahrhundert. Wiesbaden: Springer VS (SpringerLink : Bücher).
- Schmitt, Carl (1928): Der Begriff des Politischen, ED in: Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik, Band 58 (1927), S. 1 – 33, EA Berlin 1928.
- ? (1929): Die Hüter der Verfassung. Tübingen: Mohr.
- Stammen, Theor/Riescher, Gisela/ Hofmann, Wilhelm (1997): Hauptwerke der politischen Theorie. Stuttgart: Kröner (Kröners Taschenausgabe, Bd. 379).
- Stern, Klaus (1980): Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Stone, Adrienne (2001): Democratic Objections to Structural Judicial Review and the Judicial Role in Constitutional Law. In The University of Toronto Law Journal 60 (1), pp. 109–135.
- van Ooyen, Robert Christian (2006): Politik und Verfassung. Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Christian; Möllers, Martin H. W. (2006): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. 1. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Vanberg, Georg (2001): Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. In American Journal of Political Science 45 (2), pp. 346–361.
- Voigt, Rüdiger (2015): Legalität ohne Legitimität? Carl Schmitts Kategorie der Legitimität. Wiesbaden: Springer VS (SpringerLink : Bücher).
- Vorländer, Hans (2011): Regiert Karlsruhe mit? Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik. In Aus Politik und Zeitgeschichte 35-36. Online abrufbar unter http://www.bpb.de/apuz/33164/regiert-karlsruhe-mit-das-bundesverfassungs-gericht-zwischen-recht-und-politik?p=all
- Vorländer, Hans; Schaal, Gary S. (2007): Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.
- Wagner, Stefan (2013): Ersatzgesetzgeber oder nicht? Die problematische Stellung des Bundesverfassungsgerichts im politischen System der Bundesrepublik Deutschland. Hamburg: Diplomica Verlag GmbH.
- Wahl, Rainer (2001): Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld. In Aus Politik und Zeitgeschichte B 37-38, pp. 45–54.

Not for publication

- Westphalen, Raban/Bellers, Jürgen (2001): Deutsches Regierungssystem. München: Oldenbourg.
- Winkler, Günther (2006): Die Prüfung von Verordnungen und Gesetzen durch den Verfassungsgerichtshof von Amts wegen. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs im Spannungsfeld von Recht und Politik ; Dokumentation und Kommentar. Wien, New York: Springer (Forschungen aus Staat und Recht, 160).
- Zurn, Christopher F. (2002): Deliberative Democracy and Constitutional Review. In Law and Philosophy, 21 (4/5), pp. 467–542.

Date Created
08/08/2025

Not for publication