LÍMITES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA GARANTÍA DE LA SOBERANÍA POPULAR EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

UNA ESPECIAL MIRADA DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

Andrés Gustavo Pérez Medina

PIREO UNIVERSIDAD



Pireo

LÍMITES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA GARANTÍA DE LA SOBERANÍA POPULAR EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

UNA ESPECIAL MIRADA DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

Andrés Gustavo Pérez Medina

PIREO EDITORIAL

Primera edición: noviembre de 2026

Colección: Pireo Universidad

ISBN: 979-13-992503-5-0

© Edición: Pireo Editorial
Calle Sueca 64 1ª · 46006 València · España
pireoeditorial.com · pireo@pireoeditorial.com

Esta obra esta sujeta a una licencia Creative Commons con las siguientes características:
reconocimiento de autoría · uso no comercial · sin obra derivada 4.0 internacional



© Ilustración de portada: generada con asistencia de IA

© Diseño de portada: Pireo Editorial



LÍMITES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA GARANTÍA DE LA SOBERANÍA POPULAR EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

UNA ESPECIAL MIRADA DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

Pireo Universidad

Andrés Gustavo Pérez Medina

Presentación
Sergio Luis Mondragón Duarte
Universidad del Valle

Prólogo
Rubén Martínez Dalmau
Roberto Viciano Pastor
Universitat de València (España)

pireoeditorial

Índice

Presentación 5

Prólogo 7

Introducción 9

1.- La interpretación constitucional en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: un análisis orgánico y sustantivo 21

1.1.- La supremacía constitucional, garantía jurisdiccional y rigidez constitucional: una mirada desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el control de constitucionalidad 22

1.2.- El modelo y el sistema de control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 28

1.2.1.- ¿El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad?: democratizando la justicia constitucional, pero con reservas 30

1.2.2.- De los sistemas de control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 35

1.2.2.1.- El control de constitucionalidad en Colombia 37

1.2.2.2.- El control de constitucionalidad en la República Bolivariana de Venezuela 41

1.2.2.3.- El control de constitucionalidad en Ecuador 45

1.2.2.4.- El control de constitucionalidad en Bolivia 48

1.2.3.- Recapitulación 51

1.2.4.- Limitación a la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia: desarticulando el carácter democrático del control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 51

1.3.- La búsqueda de la independencia del órgano de control concentrado de constitucionalidad como mecanismo de legitimidad democrática 53

1.3.1.- Colombia: un caso de transición entre modelos 61

1.3.2.- Venezuela: un tímido intento en el proceso constituyente venezolano 66

1.3.3.- Ecuador: la primera respuesta innovadora 68

1.3.4.- La aparición de un modelo de elección popular en el órgano de control de constitucionalidad: el caso boliviano 70

1.3.5.- Sinopsis de los procesos de elección de magistrados de los tribunales constitucionales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 72

1.4.- Asunción de criterios interpretativos del neoconstitucionalismo europeo y del garantismo en el NCL: diferencias y convergencias entre una teoría normativa y una teoría de la Constitución 75

1.4.1.- El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el neoconstitucionalismo principialista y garantista como formas de entender el constitucionalismo 77

1.4.2.- Elementos comunes entre el neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 88

1.4.2.1.- Elementos necesarios y contingentes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: ¿una confluencia de elementos normativos con el neoconstitucionalismo? 99

1.5.- ¿La interpretación de la Constitución democrática o una interpretación democrática de la Constitución?: articulando poder constituyente e interpretación constitucional. 147

1.5.1.- Tipología e ideología de la interpretación constitucional en el NCL: creación normativa, reforma constitucional y límites interpretativos 148

1.5.2.- Modelos y límites en la interpretación en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 167

2.- Interpretación constitucional y mutaciones constitucionales: ¿progresión o alteración de la voluntad popular? 176

2.1.- La primigenia teoría de las mutaciones constitucionales de Jellinek 177

2.2.- Las mutaciones como elementos propios de la Constitución y de su carácter abierto: Smend y Hsü Dau-Lin 178

2.3.- La mutación a través del desuso de las normas constitucionales: la visión de Heller 183

2.4.- Las mutaciones constitucionales como modificaciones internas de las disposiciones jurídicas: la visión de Hesse 185

2.5.- Las mutaciones constitucionales como vicios de la interpretación: Häberle, Liern, Böckenförde y Da Silva 187

2.6.- Las mutaciones constitucionales como cambio constitucional y su relación con la reforma constitucional 197

2.7.- La mutación y su asimilación a la reforma constitucional: una mirada desde el control de constitucionalidad 201

2.8.- Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y mutaciones constitucionales: una mirada desde el cambio formal 213

2.9.- Reelección presidencial en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: un ejemplo de mutación de la Constitución 230

2.9.1.- El sistema presidencial y la reelección presidencial en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 231

2.9.2.- La reelección presidencial en Colombia como mutación avalada por la Corte Constitucional: la alteración del principio de alternancia y el desequilibrio de los pesos y contrapesos 234

2.9.3.- La reelección presidencial en Venezuela: la mutación constitucional del principio de alternancia y la flexibilización de los procedimientos de cambio constitucional 245

2.9.4.- La reelección presidencial en Ecuador: la mutación de los procedimientos de cambio constitucional 250

2.9.5.- La reelección presidencial en Bolivia: desequilibrios institucionales y el amaño interpretativo del TCPB 255

2.10.- Conclusiones del capítulo 266

3.- La interpretación constitucional en Colombia como un modelo ausente de controles a la discrecionalidad judicial 268

3.1.- Ideología, métodos y resultados interpretativos: una revisión general 271

3.1.1.- Una ideología de la interpretación a través del cambio constitucional: desempolvando el debate entre originalismo y Constitución viva 281

3.1.2.- Una ideología de la interpretación desde la estructura de la Constitución 294

3.1.3.- La ideología de la interpretación de la Corte Constitucional colombiana y sus métodos de interpretación como justificación externa de sus decisiones 297

3.2.- Sistema de fuentes e interpretación constitucional en Colombia: ¿una demostración de las falencias del sistema jurídico? 302

3.2.1.- Los métodos tradicionales de interpretación en la Constitución de 1991: ¿una aparente contradicción? 307

3.2.1.1.- Método histórico 310
3.2.1.2.- Método gramatical 316
3.2.1.3.- Método teleológico 319
3.2.1.4.- Método sistemático 322
3.2.1.5.- Corolario de los métodos tradicionales de interpretación 324
3.2.2.- La crisis de la subsunción y la asunción de los principios jurídicos: la interpretación de las constituciones principialistas como modelo ideológico 325
3.2.2.1.- La ponderación y el test de proporcionalidad: una breve explicación metodológica y sus principales críticas 332
3.2.2.2.- El test o juicio integrado de igualdad: ¿una secuela del principio de proporcionalidad? 347
3.2.3.- Criterios de interpretación vía remisión constitucional 351
3.2.3.1.- La aplicación del principio *pro homine* 352
3.2.3.2.- El principio de progresividad y no regresión 356
3.2.3.3.- La conexidad de los derechos y la cláusula innominada de derechos 362
3.2.4.- Resumen del catálogo de métodos de interpretación utilizados por la Corte Constitucional de Colombia 367
3.2.5.- Tipología de sentencias en la Corte Constitucional que promueven el activismo judicial 369
3.2.5.1.- Sentencias modulativas o condicionadas desde la Corte Constitucional colombiana 374
3.2.5.2.- Las sentencias integradoras aditivas desde la Corte Constitucional colombiana 377
3.2.5.3.- Sentencias integradoras sustitutivas desde la Corte Constitucional colombiana 380
3.3.- La interpretación de los derechos individuales por parte de la Corte Constitucional colombiana: decisiones progresistas o regresivas de los derechos 381
3.3.1.- El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo 381
3.3.2.- El derecho a morir dignamente 383
3.3.3.- Los derechos a la familia de las parejas homosexuales 384

3.4.- La limitación de los escenarios democráticos por parte de la Corte Constitucional colombiana como cambio constitucional 386

3.4.1.- La consulta popular como judicialización de la política y subversión del poder constituyente como poder político 387

3.4.2.- El no al plebiscito por la paz: ¿la voluntad del constituyente relegada? 394

3.4.3.- La limitación de derechos políticos por parte de autoridades administrativas: el caso Petro Urrego vs. Colombia 394

3.5.- Recapitulación 407

4.- Límites a la interpretación constitucional en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 409

4.1.- El intérprete de la Constitución en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 409

4.2.- Límites a la interpretación constitucional: una apuesta teórica 412

4.2.1.- Límites funcionales y de competencia a la interpretación constitucional: Balaguer 412

4.2.2.- Límites a la interpretación desde el cambio constitucional: Quiroga 413

4.2.3.- Límites a la interpretación desde la fórmula política: Canosa 414

4.2.4.- Los límites estructurales a la interpretación: Carpizo 415

4.2.5.- Los límites desde la noción de poder constituyente: Franco 416

4.2.6.- Los límites a la interpretación constitucional desde la teoría de las political questions, el self-restrainty las cláusulas de eternidad 418

4.2.7.- Los límites a la interpretación constitucional como cuestión de legitimidad: Storini 420

4.2.8.- Un breve corolario de los límites a la interpretación constitucional 421

4.3.- ¿Un modelo garantista para la interpretación constitucional? 422

4.4.- Controles y límites a los tribunales constitucionales: propuestas a partir de la experiencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 424

4.5.- Elementos que dotan de legitimidad al intérprete sustituto de la Constitución 428

4.5.1.- La positivización de criterios de interpretación de la Constitución: un sistema propio de interpretación constitucional 431

4.5.2.- Directivas o criterios de interpretación primarios para el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 437

4.5.3.- Directivas de interpretación secundarias 440

4.5.4.- Pautas de preferencia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano 445

4.5.5.- La ponderación como problema de legitimidad 447

4.5.6.- ¿Precedentes para interpretar o interpretando los precedentes?: resolviendo un problema de legitimidad 449

4.5.7.- La supremacía del principio democrático y de separación de poderes: una Constitución para el desarrollo democrático 456

4.6.- El pueblo como intérprete de la Constitución en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: una propuesta desde el constitucionalismo popular 458

4.6.1.- Algunas versiones del constitucionalismo popular 461

4.6.2.- Constitucionalismo popular y Nuevo Constitucionalismo: la participación democrática como elemento articulador para una interpretación popular de la Constitución 465

4.6.3.- Reforma constitucional como control a la interpretación constitucional y mecanismos de participación: promoción de su práctica y eliminación de sus controles 470

4.6.3.1.- El carácter no justiciable de las reformas constitucionales: una cuestión del diseño institucional 473

4.6.3.2.- La Constitución como un texto inacabado y en constante construcción: la reforma como medio que dinamiza las demandas populares 482

4.6.4.- ¿Constitucionalismo popular en Latinoamérica? 486

4.6.5.- Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular 490

4.6.6.- La superación de modelos liberales de interpretación 491

4.6.7.- Por una interpretación popular de la Constitución 492

Conclusiones 504

Referencias bibliográficas 515

Presentación

Inicio esta presentación del libro titulado «LÍMITES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA GARANTÍA DE LA SOBERANÍA POPULAR EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. UNA ESPECIAL MIRADA DESDE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991», felicitando al autor por dar a conocer sus resultados de investigación avanzada, derivados de su tesis doctoral, y a su vez agradeciendo la oportunidad de exhibir una síntesis de los mismo, lo cual me permite exaltar con orgullo su profesionalismo, que data de la esencia de la formación académica previa que ha tenido, en diferentes escenarios de los que el suscrito ha sido fiel testigo.

El abordaje de este texto representa un avance significativo en el marco de las teorías neoconstitucionalistas que defienden la consolidación de una verdadera soberanía popular y la configuración de límites en la interpretación de los jueces constitucionales a la Constitución, para efectos determinar que el poder constituyente modificatorio o sustitutorio del texto constitucional recae en el pueblo y no en otras figuras institucionales, especialmente de carácter judicial.

En ese sentido, el aporte académico valioso que brinda este libro se ve reflejado en la recuperación de la esencia de las teorías democráticas constitucionales que reivindican el poder del pueblo soberano para instituir o reformar la Constitución, destacando como lo señala el propio autor, la necesidad de imponer límites a los poderes constituidos, en aras de evitar que los jueces constitucionales interpreten su contenido de manera discrecional o arbitraria, en contravía de lo que ha inspirado en la esencia el verdadero constituyente primario.

Ahora bien, el texto goza de una función especial, la cual consiste en mostrar el verdadero escenario democrático en el que se debe desenvolver el poder constituido, para garantizar la soberanía popular, bajo la instauración de reglas, criterios, parámetros y lineamientos claros de los que derive una verdadera interpretación del texto constitucional, evitando que los operadores judiciales se conviertan en «legisladores positivos», en el marco de una discrecionalidad judicial, abiertamente desproporcionada, como bien lo refiere el escrito académico.

En ese mismo orden de ideas, se aprecia que el estudio de las interpretaciones constitucionales que refiere el libro, reflejan las principales formas en que los

poderes constituidos vienen surtiendo los cambios constitucionales, tomando como estudio de caso la figura de reelección presidencial en varios países de Latinoamérica, con lo cual se deja en evidencia que la interpretación constitucional de los jueces no emplea unos límites o parámetros serios y rigurosos para validar o invalidar la adopción de esta figura, por lo que como bien lo refiere el autor, nos encontramos ante un escenario de anarquía en la interpretación constitucional, lo cual deslegitima el verdadero propósito que tiene el ejercicio de la función judicial, obrando ello en desmedro del poder constituyente primario.

Bajo esa misma línea, se presenta de forma bien argumentada, la tesis que soporta el desequilibrio constitucional basado en interpretaciones judiciales erróneas o erradas a la Constitución, lo cual incide negativamente en la consolidación del principio de soberanía popular. De esta manera, el autor atribuye esta relación directa y proporcional a cambios constitucionales que han propiciado los tribunales o altas cortes de lo constitucional, cuando adoptan decisiones que modifican el contenido o alcance interpretativo de la Constitución; advirtiendo que ello ocurre por falta de reglas claras, que desconocen la finalidad real del control constitucional, y que propician la deslegitimación de la función judicial.

Finalmente, en efecto, ante la ausencia de límites a la interpretación constitucional planteada por el autor, se le suma el estudio de la discrecionalidad judicial, con lo cual se vislumbra la gran brecha que existe entre el ejercicio del poder constituyente y el poder constituido, debido a la fuerza que adquirido el activismo judicial en las últimas décadas, siendo necesario instaurar ideológica y materialmente límites en el control de constitucionalidad que reflejen la esencia del nuevo constitucionalismo en el marco de la democracia.

Sergio Luis Mondragón Duarte
PhD. Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona
Investigador reconocido en la categoría «Sennior» por el Minciencias
Director del Programa de Derecho de la Universidad del Valle

Prólogo

Interpretación y mutación constitucional en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

Hay debates que son recurrentes en la doctrina, probablemente porque, como tantas otras preguntas que nos hacemos todos los días, no tengan una respuesta definitiva en el Derecho. Uno de ellos es, sin duda, las idas y venidas sobre qué es la interpretación constitucional y cuáles son sus elementos caracterizadores, sus criterios y sus límites. Durante más de medio siglo, posiblemente desde las obras más tempranas de las teorías contemporáneas anglosajonas de la interpretación, se han escrito ríos de tinta sobre qué implica interpretar, cuáles son sus elementos definitorios, qué límites debe profesar el intérprete o si, como defienden algunas de las doctrinas englobadas en lo que se conoce como el paradigma de la Constitución como árbol vivo, el juez comprometido con la justicia social debe dejar de un lado la *dura lex* y crear justicia desde sus manos; o, mejor dicho, desde la posición privilegiada que le confieren el mazo y la toga. Quienes pisamos las aulas de postgrado en universidades europeas y latinoamericanas, y quienes escribimos este prólogo estamos avezados en ese capítulo, sabemos de primera mano que el alumnado hierve de ideas y manifiesta sin ambages sus posiciones cada vez que aparece el debate sobre qué significa interpretar la Constitución y qué diferencia existe entre interpretación y otras formas de reforma implícita constitucional, como la mutación o el llano y simple desconocimiento. Son cuestiones que nunca pasan desapercibidas.

Muchos años de colaboración entre los redactores de este prólogo han producido un mayor número de convergencias que de divergencias en nuestra forma de concebir el Derecho. Es cierto que, puesto que profesamos y promovemos el pensamiento crítico, podemos enfocar de manera diferente algunos asuntos, pero si en algo hemos mantenido una posición doctrinal y personal firme es en concebir la voluntad popular como el fundamento de la legitimidad constitucional, pilar del poder público en las sociedades democráticas contemporáneas. El constitucionalismo democrático, en sus diferentes formas y manifestaciones, hunde sus cimientos en el debate plural y en la capacidad de decidir de los pueblos. Finalmente, es esa la decisión que nutre de razón de ser los procesos de legitimidad del Derecho, y en particular del Derecho constitucional. Desde la doctrina se puede aplaudir o lamentar los cambios en el constitucionalismo latinoamericano desde finales del siglo pasado, pero todos estaremos de acuerdo en dos cosas: que esos cambios han tenido lugar dejando una huella evidente

en el constitucionalismo de la región, y que han producido debates sobre la democracia latinoamericana de una intensidad difícilmente experimentada en periodos anteriores en el continente.

Por esa razón estamos muy orgullosos de la tesis doctoral que codirigimos, y que conforma la esencia del presente libro. El trabajo realizado con tesón y constancia, y muchas horas de lectura, por parte de Andrés Gustavo Pérez Medina, es una obra que merecía publicarse y ser puesta a disposición de la comunidad académica y de las personas interesadas en los debates sobre la interpretación constitucional. Pérez Medina plantea en su libro un detallado recorrido conceptual sobre el nuevo constitucionalismo, la interpretación constitucional y la mutación constitucional, realizando no solo una exposición llana y simple de las diferentes teorías y conceptos, sino analizándolos con espíritu crítico y voluntad de aporte. La arquitectura a pie de página con la que motiva sus afirmaciones demuestra un trabajo argumentativo y sólido, que a la vez es valiente: Pérez Medina toma posición, y la defiende. Podríamos estar de acuerdo o no en que la mutación constitucional es un problema de interpretación —o consensuar que sólo lo es comprendiendo la interpretación en su significado más amplio—, pero no cabe duda de que es uno de los problemas más importantes que se ha dado en la relación entre la Constitución democrática y el papel de los jueces, y que continúa siendo de una rabiosa actualidad cada vez que examinamos el proceder de algunos órganos de la justicia constitucional. Al final, como afirma el autor, una interpretación constitucional sin límites deriva en mutaciones constitucionales; esta relación, aplicada al constitucionalismo latinoamericano, es lo que se centra en demostrar Pérez Medina.

Generar conocimiento en el Derecho hoy en día implica estar presente en los debates que buscan solucionar problemas tangibles en la sociedad. Que la interpretación constitucional es esencialmente un problema en nuestras democracias es un hecho notorio. Solo hay que leer las noticias cada día para conocer de los aciertos o despropósitos que realiza el intérprete de la Constitución en los más relevantes asuntos y en cualquier latitud del mundo. Las teorías relativistas de la democracia han colaborado en la erosión de la esencia democrática, en la crisis de significante profundamente arraigada en el discurso académico y político. Por esa razón, más trabajos como el del Dr. Pérez Medina son necesarios para seguir defendiendo desde la Academia que realmente sólo pueden ser consideradas Constituciones democráticas las normas supremas del Estado que tienen una legitimidad democrática y, por tanto, que su adaptación a la realidad cambiante debe realizarse a través de debates democráticos y procesos de reforma constitucional y no a través de decisiones elitistas de Cortes y Tribunales.

València, febrero de 2025
Roberto Viciano Pastor
Rubén Martínez Dalmau
Universitat de València

Introducción

Las Constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano —en adelante, NCL— han tenido como tesis principal la defensa de la soberanía popular frente a la voluntad de los poderes constituidos. Con ello reivindican la noción de poder constituyente como voluntad creadora de la cual se desprende la fuerza normativa de la Constitución, anteponiendo el elemento político al jurídico y legitimando el texto constitucional a través de la voluntad popular (Bassa, 2008, p. 54). Por ello, el poder constituyente puede entenderse como una voluntad de legitimación en dos niveles: en primer lugar, como fuente que legitima el texto normativo supremo, entendido como Constitución que establece límites a los poderes constituidos; y, en segundo lugar, como poder que controla el accionar de dichos poderes cuando desconocen el texto constitucional como expresión de la voluntad soberana.

De ahí que el poder constituyente no se encuentre sometido a ningún otro poder o regla, por tratarse de un poder político constitutivo del orden jurídico. En consecuencia, es una noción rupturista y revolucionaria, capaz de desconocer un orden establecido para formar uno nuevo a partir del ejercicio del poder soberano en manos del pueblo. Así, la noción de poder constituyente opera como sinónimo de libertad política, en la medida en que es el pueblo quien estatuye sus propias reglas fundamentales y genera espacios participativos de intervención constante en el diseño constitucional. (Kalivas, 2005, pp. 103-116).

El NCL tiene como eje fundante y común la activación del poder constituyente por parte del pueblo para la creación de un nuevo texto constitucional (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 13). Lo anterior tiene como finalidad modificar las viejas estructuras hegemónicas propias del derecho constitucional fundacional. Así, a diferencia de otras tesis, el NCL tiene como ideología política la defensa del pueblo por el pueblo mismo. [1]

[1] En este caso se podría tener como ejemplo como el neoconstitucionalismo centra sus análisis en la fuerza normativa de la Constitución, lo que implica una teoría política sustentada en la primacía del poder judicial sobre los demás poderes del Estado, olvidándose de la noción de poder constituyente.

Además de la noción de poder constituyente como elemento ontológico del NCL, pueden señalarse como características principales de esta doctrina: (a) la extensión de los textos constitucionales, orientada a recoger múltiples aspiraciones y derechos que limiten el ejercicio de los poderes constituidos; (b) la supremacía de la Constitución, acompañada de una fuerte apertura al derecho internacional de los derechos humanos; (c) la objeción democrática al control de constitucionalidad, en la medida en que la defensa judicial de la Constitución puede implicar la reducción de escenarios de participación popular en las decisiones políticas y económicas del Estado; y (d) la participación popular, que a su vez entra en tensión con el hiperpresidencialismo y el control de constitucionalidad. (Salazar, 2013).

No obstante, la principal característica del NCL, según Viciano y Martínez Dalmau (2010, pp. 8-29), se concreta en la reivindicación del constitucionalismo democrático dentro del espectro constitucional. Ello genera una ruptura con el constitucionalismo fundacional[2], en el cual fue prevalente la ausencia de legitimidad democrática en la creación constitucional, así como el nominalismo de la carta política (Martínez Dalmau, 2011). De allí que la noción de poder constituyente tenga especial importancia al momento de diseñar y poner en funcionamiento la respectiva carta política, legitimando el accionar de los poderes constituidos y del propio derecho. (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 8).

Así las cosas, el NCL busca conciliar dos conceptos en tensión: la noción de poder constituyente, entendido como poder absoluto e ilimitado, y la idea de constitucionalismo, entendida como limitación del poder (Negri, 1992). De esta manera, el NCL se caracteriza por ser un constitucionalismo de revolución, que nace quebrando esquemas establecidos, [3] reivindicando escenarios de participa-

---

2 Ha entendido MARTINEZ DALMAU (2011) como constitucionalismo fundacional aquel que no se preocupaba por la voluntad constituyente como eje del nuevo orden jurídico, sino el constitucionalismo era visto como la ruptura del orden colonial por parte de las elites criollas. (p. 830). No obstante, el mismo autor destaca citando a Gargarella "las constituciones asumieron rasgos radicales propios, tanto en su parte orgánica como en la dogmática. Normalmente, propusieron "un sistema de gobierno republicano y federal; organizaron el poder a partir de la separación estricta de poderes, destinada a girar fundamentalmente alrededor del Congreso; resistieron coherentemente, la creación de un ejército fuerte; abrieron cauces relativamente importantes en la intervención política de la ciudadanía. Respecto a la parte dogmática, elaboraron una estructura de derechos al servicio del principio mayoritario. En tal sentido, tendieron a disminuir las exigencias necesarias para acceder a la ciudadanía; a extender los derechos políticos "los derechos a votar y ser elegido"; y a condicionar derechos tales como la libertad de prensa o la libertad religiosa a las necesidades que estimaban propias de la sociedad en que vivían" (p. 839)

3 Un ejemplo claro resulta ser el caso colombiano en donde el pueblo mediante un movimiento al margen de los procedimientos establecidos por la Constitución de 1886 modifica

ción democrática y asumiendo una nueva noción de soberanía bajo la idea de poder constituyente. En ese sentido, el NCL no entiende como único escenario de actuación del poder constituyente la simple creación del contenido de la carta política, sino que reconoce en dicho poder un acompañamiento constante a la implementación, aplicación y transformación constitucional.

Ante las contradicciones y tensiones que pueden surgir entre constitucionalismo y democracia, el control de constitucionalidad ha intentado conciliar dichas posturas. [4] Este control ha recibido fuertes críticas por su carácter antidemocrático; no obstante, no puede desconocerse su importancia para la protección y garantía de la Constitución en el NCL. Precisamente por la relevancia del control de constitucionalidad y por la necesidad de su legitimidad democrática, se requiere generar controles sobre la interpretación que realizan los jueces en su ejercicio, con el fin de garantizar la soberanía en cabeza del pueblo.

Como bien indica Martínez Dalmau (2019, pp. 191-205), el NCL, como proceso emancipador y transformador de la realidad social, ha posibilitado la mejora de las condiciones de vida de las personas, la disminución de la desigualdad social y el aumento en la protección de los derechos civiles y políticos. Empero, estas constituciones no han sido suficientemente fuertes para resistir la expansión del poder por parte de los poderes constituidos. Por ello, las constituciones del NCL han fallado en la forma de limitar los poderes públicos, lo cual ha generado desequilibrios institucionales que se han traducido en tendencias autoritarias. En este contexto, la interpretación constitucional ejercida por los tribunales constitucionales ha sido proclive a desconocer el principio democrático y garantista de la Constitución, otorgando especial relevancia al ejercicio de la democracia representativa en desmedro de la participación directa del pueblo en las decisiones más trascendentales. Así también se han generado mutaciones constitucionales que desconocen la voluntad popular al modificar, alterar o sustraer las normas creadas por el constituyente mediante interpretación constitucional.

El NCL busca reivindicar la importancia de la voluntad popular en la creación y puesta en marcha de una Constitución que permita la evolución

completamente el ordenamiento jurídico imperante hasta ese momento y da vida a la Constitución de 1991.

4 En este punto considero que el control de constitucionalidad funge como un límite a la democracia representativa, pero en ningún momento podrá serlo respecto del poder constituyente como lo es el pueblo, por ello podrá controlar únicamente a los poderes constituidos.

hacia el Estado constitucional. [5] Para ello, erige al poder constituyente en vigía constante de las actuaciones de los poderes constituidos y busca superar el constitucionalismo elitista que predominó en el siglo XIX y gran parte del siglo XX (Gargarella, 2015, pp. 19-172). No obstante, Gargarella (2015, pp. 15-172) ha advertido que las constituciones del NCL aún poseen rasgos del constitucionalismo elitista, ya que su parte orgánica ha dejado en manos de un pequeño grupo de personas —el juez constitucional— la facultad de decidir los sentidos normativos de la Constitución. Asimismo, no han generado nuevas formas de distribución del poder, lo que ha hecho que estas cartas políticas sean frágiles frente a los poderes constituidos y que se ocasionen cambios constitucionales que afectan el equilibrio constitucional.

Por otra parte, la noción de poder constituyente ha impactado en la rigidez de la Constitución, al considerar que esta no es un texto inmutable, sino que el cambio constitucional puede ser realizado por el constituyente —como único soberano— a través de la reforma. Por ello, la ausencia de límites al cambio constitucional por parte de los poderes constituidos ha sido una deuda pendiente en las constituciones del NCL (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 11), en contradicción con su propia ontología. En efecto, la inclusión de los poderes constituidos en el poder de reforma ha imposibilitado que la noción de poder constituyente, arraigada al principio de soberanía popular, alcance la dimensión deseada.

Ante la necesidad de proteger la voluntad constituyente, las constituciones del NCL han dejado en manos de los jueces la defensa de la Constitución. Por ello, la interpretación constitucional adquiere especial trascendencia al momento de entender el NCL, así como los límites que debería tener el intérprete constitucional al determinar el sentido de cada precepto normativo, so pena de contrariar la voluntad popular y convertir a los poderes constituidos en poderes constituyentes de facto. Así las cosas, se ha dicho que el NCL es una teoría de

[5] MARTINEZ DALMAU (2012c) ha expuesto sobre las bases en que se fundamenta el Estado Constitucional, destacando el fundamento democrático que otorga legitimidad al poder: " Desde este punto de vista, el avance discurre principalmente por cuatro senderos: la reivindicación del concepto de soberanía popular y de poder constituyente, que incorpora su potencialidad revolucionaria; la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado (dimensión indirecta de la soberanía o soberanía juridificada); la búsqueda de mecanismos de materialización de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas, y la marginación definitiva del poder constituyente constituido, fundamentado tanto en la negación de la naturaleza delegable del poder constituyente como en el mismo concepto de Constitución como fruto de la voluntad exclusiva del poder constituyente." (p. 14).

la Constitución que busca otorgar el mayor nivel de claridad a las disposiciones constitucionales para limitar la función interpretativa del juez constitucional y obstaculizar el cambio constitucional por parte de los poderes constituidos (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 13). Empero, el cambio constitucional propuesto por los poderes constituidos ha sido inevitable, ha sido avalado por los tribunales constitucionales y ha generado un déficit democrático que contradice los postulados básicos del NCL. [6]

En este punto, conviene ser explícitos en que las constituciones del llamado NCL —Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia— han optado por entregar la defensa de la Constitución a los jueces y por preferir un control mixto de constitucionalidad que busca garantizar los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Esto permite concebir la carta política como un instrumento normativo que irradia las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares, superando el nominalismo propio de las constituciones fundacionales antidemocráticas y convirtiendo los textos constitucionales en verdaderas fuentes normativas. Sin embargo, las características propias de las constituciones del NCL, desde un punto de vista normativo, se han interiorizado con postulados del neoconstitucionalismo, entre ellos: (1) la apertura constitucional al derecho internacional; (2) la extensión y vaguedad de los textos constitucionales; (3) el carácter principialista de la Constitución; y (4) la adopción de métodos antiformalistas de interpretación, que han representado herramientas para el cambio constitucional formal e informal, en donde los jueces han sido los encargados de legitimar el fraude constitucional vía control de constitucionalidad. (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 8 y ss.).

De una u otra manera, la cultura jurídica propia del neoconstitucionalismo ha impregnado la forma de interpretar la Constitución democrática, principalmente con fundamento en la garantía de la supremacía constitucional y en un aparente discurso fuerte a favor de los derechos. (Contreras, 2018).

Martínez Dalmau (2008, p. 285) señala que el NCL ha intentado perfeccionar el modelo de control de constitucionalidad, procurando conciliar la noción de soberanía popular y constitucionalismo. Esto es, ha buscado solucionar la siempre problemática legitimidad democrática de los tribunales constitucionales mediante mecanismos orgánicos, como la elección democrática de sus

6 Así las cosas, MARTINEZ DALMAU (2012c) ha dicho como el constitucionalismo democrático ha mantenido dos rasgos de la involución del Estado liberal revolucionario como lo son el nominalismo respecto de los derechos sociales y el cambio constitucional por parte del legislador.

magistrados e, inclusive, el carácter popular de las acciones constitucionales.[7] No obstante, debe considerarse que la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales no solo debe contemplar sus componentes orgánicos. Como bien indica Habermas, en términos de Jiménez (2002, pp. 303-328), la fundamentación de las decisiones judiciales otorga un mayor o menor manto de legitimidad democrática. De allí que la interpretación constitucional sea piedra angular para entender los límites a los poderes constituidos y la defensa de la soberanía popular plasmada en el texto constitucional.

Ante el posible desconocimiento de la voluntad popular mediante el cambio constitucional, Albert (2020) indica que los nuevos estudios en derecho constitucional reflejan una clara tendencia a la degeneración democrática de las constituciones, en la que diversos actores políticos constituidos han hecho uso de mecanismos informales de cambio constitucional para traicionar y defraudar los cánones promulgados por el poder constituyente.[8] Por ello, se hace necesario explorar teorías y doctrinas que prevengan y limiten este tipo de ataques al constitucionalismo democrático, tesis que debe ser reforzada en el NCL dada la naturaleza misma de esta teoría de la Constitución.

Así las cosas, los ataques al constitucionalismo democrático han tenido como eje los amplios márgenes de interpretación judicial y el poder exacerbado en cabeza de los jueces, mientras la noción de soberanía popular termina perdiendo terreno en el campo constitucional. De este modo, el amplio margen de discrecionalidad judicial ha permitido que los jueces sean quienes, en últimas, definan los sentidos de la Constitución, generando reformas constitucionales informales o avalando el cambio constitucional formal, con lo cual se concreta la defraudación de la voluntad constituyente plasmada en el texto.

No cabe duda de que la aplicación de la Constitución siempre requerirá del ejercicio interpretativo por parte del juez constitucional, dado que un texto normativo sin interpretación sería nugatorio e inaplicable. Empero, dicho ejercicio requiere límites que controlen a los poderes constituidos, ya que un

7 En cualquier caso la elección democrática de los magistrados de las altas cortes no resulta ser novedosa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, con ello se puede ver como en las Constituciones de 1853 y 1863 de Colombia el mecanismo de elección de estos se realizaba mediante voto popular. No obstante, el modelo democrático y la ontología de estas constituciones como cartas normativas fundacionales no representaban el verdadero clamor popular, sino mecanismos democráticos de tipo elitista.

8 El nuevo constitucionalismo latinoamericano sin lugar a duda se preocupa por la defensa de la soberanía en cabeza del pueblo. Al respecto MARTINEZ DALMAU señala sobre el cambio constitucional: "la sustitución de aquella por esta requiere la intervención de un poder superior: el poder constituyente que hace el contrato- Constitución y dispone lo necesario para su aplicación" (p. 828)

poder sin controles no sería más que la usurpación de la voluntad popular por parte de los jueces, con desconocimiento de la esencia misma del NCL y del constitucionalismo democrático.

Sobre la interpretación constitucional resulta importante señalar que en el sistema colombiano se ha dado un alto nivel de descontrol interpretativo, lo cual ha propiciado el cambio constitucional y ha subvertido la voluntad del constituyente vía interpretación constitucional. Bajo la premisa anterior, los tribunales constitucionales —entre ellos, la CCC— se han erigido como poderes constituyentes permanentes, en tanto se les ha permitido modificar la Constitución mediante interpretación constitucional, ya sea avalando actos de reforma de otros poderes constituidos o generando directamente el cambio constitucional. Así las cosas, la fuerte discrecionalidad en cabeza de los jueces ha tenido como eje la cultura jurídica de nuevo cuño, que ha traído diversos mecanismos de usurpación del papel del poder constituyente por parte del poder judicial. Por ello, los tribunales constitucionales han hecho uso de fórmulas propias del neoconstitucionalismo para generar cambios constitucionales contra el constituyente, debido a la ya mencionada interiorización del carácter normativo propio de esta teoría del derecho. En ese sentido, pueden mencionarse como fórmulas normativas del neoconstitucionalismo presentes en el NCL: (1) la sobreinterpretación constitucional en cabeza de los jueces, a raíz de una tipología variada de sentencias; (2) el carácter principial de los derechos, reglas y garantías constitucionales; y (3) la alteración del sistema de fuentes como mecanismo que amplía su discrecionalidad interpretativa. Con todo, estos elementos han generado desequilibrios institucionales no solo entre las ramas del poder público, sino también en el principio de soberanía popular, al presentarse cambios constitucionales sin la aquiescencia del pueblo como máximo soberano.

En este punto, es conveniente enunciar que las partes orgánicas o estructurales de las constituciones del NCL resultan contradictorias con sus fundamentos ontológicos. Al respecto, Viciano y Martínez Dalmau (2011, pp. 1-24) han señalado que las constituciones del NCL se caracterizan por ser extensas, de naturaleza principialista, técnicamente complejas y lingüísticamente sencillas, como expresión de la superación del constitucionalismo elitista por un constitucionalismo popular. Puede afirmarse que son técnicamente complejas, ya que tienen como finalidad impedir que la literalidad del texto obstaculice la búsqueda de soluciones a las necesidades del pueblo. Asimismo, su articulado busca entregar la mayor claridad posible al intérprete y restringir el margen de acción de los poderes constituidos. No obstante, su carácter principial, ausente de reglas jurídicas suficientes, ha generado amplios márgenes de discrecionali-

dad judicial por parte de los poderes constituidos, quienes han desconocido y modificado la voluntad popular plasmada en la Constitución política.

En el presente trabajo se partirá de un concepto amplio de interpretación, entendido como un proceso intelectivo que busca encontrar el significado de un texto normativo y las relaciones entre dicho texto y su aplicación a un caso particular. Por ello, no puede existir una interpretación abstracta de un enunciado normativo, sino que esta siempre debe darse en el marco de un caso particular, en el cual el intérprete, entre los múltiples sentidos que tiene el enunciado, escoge uno de ellos. Es decir, se trata de un proceso subjetivo en el que el intérprete escoge el sentido «correcto» del postulado normativo. Debe considerarse que el intérprete, en las constituciones del NCL, deberá privilegiar aquel sentido que amplifique el espectro democrático y la asunción del pueblo como poder soberano en la toma de decisiones políticas, ciñéndose a un conjunto de reglas interpretativas predispuestas por el constituyente. Esta será la principal línea argumentativa del escrito.

Como bien anota Vila Casado (2021, p. 292), frente a la interpretación jurídica siempre se ha dado la discusión respecto de su finalidad, aún más en el plano constitucional. De allí que el autor colombiano se interrogue por la voluntad del creador de la norma —teoría subjetiva— o por el sentido incorporado en ella —teoría objetiva—. Las teorías subjetivas de la interpretación privilegian el sentido histórico de la norma y generan un mayor margen de seguridad jurídica. *A contrario sensu*, las teorías objetivas privilegian el sentido de la norma en sí misma, independientemente de su autor, lo que permite integrar y adaptar las normas al ordenamiento jurídico vigente (Vila Casado, 2021, p. 292). Sin lugar a dudas, en el contexto colombiano, a diferencia de otros entornos constitucionales, no se establecen cláusulas interpretativas que permitan vigilar a los jueces constitucionales, siendo predominante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional la adopción de teorías objetivas que han modificado de manera informal el texto constitucional.

Por demás, conviene indicar que, a diferencia de la primera Constitución del NCL —la Constitución Política de Colombia de 1991—, las últimas constituciones del NCL han traído consigo cláusulas expresas para la interpretación de los postulados constitucionales, con la intención de establecer límites a la actividad interpretativa del juez constitucional.[9] Sin embargo, en la práctica, los tribunales constitucionales han obviado en muchos eventos dichas cláusulas

[9] Resulta importante explicar que se entiende por juez constitucional, dado que en algunos ordenamientos dicha función reside única y exclusivamente en un órgano (cuando se da el control concentrado y abstracto de constitucionalidad) o por el contrario reside en cualquier juez de la república (control difuso de constitucionalidad.

y han privilegiado la voluntad de los poderes constituidos sobre la del poder constituyente, siendo las mutaciones constitucionales constantes en el escenario latinoamericano. Es por ello que la interpretación constitucional en el NCL ha carecido de verdaderos límites que impidan la expansión de los poderes públicos en detrimento del principio de soberanía popular.

De esta forma, la interpretación constitucional en los tribunales constitucionales del NCL ha carecido de un especial componente democrático que limite la expansión del poder por parte de los órganos constituidos, generando desequilibrios institucionales y la subversión de la voluntad popular.

Ahora bien, de las constituciones del NCL, Colombia fue el primer país en romper la tradición elitista del constitucionalismo latinoamericano, modificando la fórmula política clásica del Estado de derecho y dando paso al Estado social de derecho. Con ello, la Constitución de 1991, en comparación con la Constitución de 1886, trajo consigo un amplio catálogo de derechos, la asunción del derecho internacional como fuente de derecho, la creación de un órgano judicial especial para la defensa de la Constitución, entre otras características que con posterioridad serían retomadas en las ulteriores constituciones del NCL. No obstante, ante el cambio abrupto de sistema constitucional en Colombia, los demás poderes públicos presentaron obstáculos a la efectividad de la Constitución. De allí que la CCC haya tenido que realizar todo un ejercicio hermenéutico de la Carta política para garantizar su supremacía y efectividad normativa. Sin embargo, el amplio margen interpretativo para la garantía de los contenidos constitucionales y la protección de la carta política frente al legislador ha terminado reafirmando la ausencia de límites interpretativos previstos en la Constitución.

De este modo, la principialización de los derechos y la autoproclamación del precedente como fuente de derecho han permitido el cambio de los mandatos constitucionales vía interpretación constitucional, directa o indirectamente, convirtiendo el ordenamiento jurídico en un sistema proclive al cambio normativo que ignora la seguridad jurídica, así como los derechos, reglas y garantías constitucionales. Conviene indicar que el tribunal constitucional colombiano, desde sus inicios, ha utilizado criterios sistémicos, extrasistémicos y por remisión para la interpretación de la Constitución, los cuales han permitido el cambio de la carta política tanto por el mismo tribunal constitucional como por los demás poderes constituidos.

No cabe duda de que la ausencia de límites a la interpretación constitucional y la desviación de poder por parte de los órganos constituidos —en este caso, el poder judicial en cabeza de la CCC— han significado una contradicción al modelo garantista y democrático que trae consigo el NCL. De allí que se haga necesario emprender un análisis crítico que permita identificar los principales

factores de los cambios constitucionales vía interpretación constitucional y, a su vez, proponer mecanismos para la defensa de la voluntad popular mediante la interpretación constitucional, sin obviar la necesidad de una hermenéutica constitucional que tenga como finalidades últimas descifrar la voluntad constituyente y evitar la usurpación del poder soberano.

De este modo, la interpretación constitucional resulta esencial para la teoría democrática de la Constitución y para el NCL, en cuanto busca reivindicar y servir de medio para la asunción de la voluntad popular como poder soberano, estableciendo límites a los poderes constituidos. Por ello, no se busca que el juez constitucional deje de interpretar el texto constitucional, sino que lo interprete con miras a satisfacer la voluntad popular plasmada en la Constitución. En consecuencia, el juez constitucional debe cumplir una función especial en el escenario democrático: respetar la soberanía popular a través de las normas constitucionales, fungiendo única y exclusivamente como legislador negativo.

Una vez descrita una teoría general del NCL y su relación con la interpretación constitucional, se abordarán las principales formas de cambio constitucional por parte de los poderes constituidos, teniendo como eje la institución de las mutaciones constitucionales y su relación con la reforma. Para ello, se tomará como caso de estudio la figura de la reelección presidencial en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia. Finalmente, se analizarán las principales características de la interpretación constitucional y los criterios utilizados por la CCC como caso de estudio particular del NCL. Esto pondrá en evidencia las principales causas del cambio constitucional formal e informal por parte de los poderes constituidos, generadas a raíz de un escenario de interpretación constitucional anárquico, lo cual termina deslegitimando el ejercicio de la función judicial en detrimento del poder constituyente.

Cabe resaltar que la propuesta se aleja de algunas tesis de origen latinoamericano que buscan defender los cambios constitucionales, dado que, en el marco de una teoría democrática de la Constitución, no es posible que se generen variaciones constitucionales sin la intervención del poder soberano. Ello resulta aún más relevante cuando los tribunales constitucionales tienen, en sí mismos, una ausencia de legitimidad democrática que, de una u otra manera, retoma el constitucionalismo elitista de vieja data (Bernal Pulido, 2018, pp. 59-99). Por ello, a pesar de que los tribunales constitucionales son los encargados de dar sentido al texto constitucional, dicha interpretación nunca podrá estar por encima de la Constitución. De allí la importancia de entender el proceso de interpretación constitucional.

Ante la expansión del poder por parte de los órganos constituidos, se hace necesario entender la relación que ha tenido la interpretación constitucional de

los tribunales constitucionales con los desequilibrios institucionales generados a partir de los cambios constitucionales, afectando el principio de soberanía popular. Por ello, se tendrá como hipótesis que la ausencia de reglas en la interpretación constitucional adoptada por los tribunales constitucionales del NCL ha permitido el cambio constitucional y, con ello, ha subvertido la voluntad constituyente, convirtiendo a los poderes públicos en poder constituyente permanente, desconociendo los principios fundantes del constitucionalismo democrático con el que nace esta teoría de la Constitución y deslegitimando la función judicial. Posteriormente, se formularán medidas orientadas a controlar la interpretación de los jueces en el NCL, en concordancia con el respeto de la voluntad soberana en cabeza del pueblo.

En efecto, el trabajo tendrá como eje los siguientes presupuestos: (1) la ausencia de límites a la interpretación constitucional realizada por los tribunales constitucionales del NCL; (2) la interpretación constitucional no ha sido realizada conforme al principio democrático y de separación de poderes; (3) la interpretación constitucional realizada por los tribunales constitucionales no ha generado caminos que permitan establecer la diferencia entre poder constituyente y poder constituido; y (4) la inexistencia de un especial componente democrático en los criterios de interpretación constitucional. Ante este estado de cosas, se ha dado una fuerte actividad judicial en la adopción y creación de criterios de interpretación constitucional. Para ello, se tomará el caso colombiano como sistema jurídico ausente de límites interpretativos que ha permitido la expansión de los poderes constituidos, en contradicción con la esencia del NCL y su carácter democrático.

Como bien dice Martínez Dalmau (2012b, p. 641), las últimas constituciones del NCL han intentado limitar el espectro interpretativo de los tribunales constitucionales —Ecuador y Bolivia— mediante guías hermenéuticas cuya finalidad es generar un control que relacione la voluntad constituyente con la normatividad constitucional. Empero, como bien identifica Sagüés (2012), este tipo de cláusulas en el NCL han carecido de una verdadera legitimidad competencial, técnica e ideológica, lo cual ha generado ambigüedades interpretativas y ha conducido a un amplio margen de discrecionalidad judicial. Ello termina por desconocer esos mismos criterios interpretativos y, en últimas, afectar la esencia misma del NCL: la defensa del poder constituyente como poder soberano.

También se ha puesto en evidencia que los tribunales constitucionales emplean un inusitado número de criterios de interpretación constitucional que propician el anarquismo interpretativo y la manipulación judicial, dada la multiplicidad —y, en muchas ocasiones, el antagonismo— de criterios utilizables en determinada decisión (Gargarella, 2004). De cualquier forma, la ausencia

de límites interpretativos conlleva a que los jueces, antes de tomar una decisión, ya conozcan su resultado y apliquen determinados criterios de interpretación para justificar la providencia, anteponiendo el resultado sobre el método (Gargarella, 2004). En consecuencia, la interpretación constitucional debe ser una interpretación popular, que devuelva la autoridad normativa al pueblo, en donde las nociones de poder constituyente y soberanía popular resulten vitales para la autoconcepción del poder judicial como poder constituido subordinado al pueblo, así como para plantear modificaciones institucionales en defensa de la voluntad popular.

Con todo, el NCL se ha visto de facto fuertemente influenciado por las corrientes interpretativas neoconstitucionalistas, que paradójicamente resultan opuestas a las bases del constitucionalismo democrático. Sin embargo, es menester señalar que las mismas estructuras sustanciales y orgánicas de las constituciones del NCL han propiciado su acogida, debilitando la ontología de esta teoría de la Constitución y, en consecuencia, paralizando la amplificación de los escenarios democráticos y el ejercicio de la voluntad soberana por parte del pueblo. Todo ello ha sido legitimado mediante ingeniosas y forzadas fórmulas de interpretación constitucional.

La amplitud de los derechos y la cultura jurídica han posibilitado la asunción de criterios de interpretación propios del neoconstitucionalismo, los cuales han hecho débil a la Constitución frente a los poderes constituidos, generando amplios márgenes de discrecionalidad que han ocasionado el cambio constitucional, ya sea de forma directa o indirecta, con desconocimiento de la voluntad popular.

En el caso colombiano, como supuesto específico para desarrollar la relación entre interpretación constitucional y NCL, se evidenciará que los criterios utilizados por la CCC conforman un híbrido de criterios de interpretación que representa la ausencia de límites a la actividad jurisdiccional. Así, en un primer momento, la CCC utilizará los criterios clásicos de interpretación propios del Estado de derecho liberal, sustentado en la soberanía de la nación, lo que en sí mismo resulta contradictorio con la asunción de la noción de soberanía popular y el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1991.

Por todo lo anterior, es necesario replantear un sistema de controles internos y externos a la interpretación constitucional que respete y garantice las bases ontológicas del NCL, que no pueden ser otras que el respeto por la voluntad popular como única voluntad soberana. Por esto, debe considerarse que la teoría de la interpretación constitucional en el NCL, más allá de ser una teoría jurídica, debe tener un especial componente político que reivindique el respeto a la voluntad popular.

1.- La interpretación constitucional en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: un análisis orgánico y sustantivo

La teoría de la Constitución del NCL ha buscado revalidar la posición del poder constituyente como autoridad legitimadora del orden jurídico. De esta autoridad se desprenden una serie de características que construyen una doctrina con elementos *sui generis*, diferenciadores de otros modelos teóricos, y que han creado un eje doctrinal que entrega a los jueces el papel de guardianes de la Constitución a través del control de constitucionalidad. Así, el NCL ha desarrollado una serie de fórmulas orgánicas y sustanciales para conciliar las tensiones que pudiesen surgir entre democracia y constitucionalismo.

El NCL no ha sido ajeno a considerar que la interpretación de la Constitución puede representar un peligro para la voluntad constituyente plasmada en el texto supremo. Por ello, ha contemplado mecanismos orientados a dotar de legitimidad democrática las decisiones de los tribunales constitucionales. No obstante, las propias estructuras normativas de los textos constitucionales, así como la interiorización de un modelo normativo de índole neoconstitucionalista orientado a permitir la supremacía de la Constitución, han propiciado un amplio margen de discrecionalidad en los jueces constitucionales. Esto ha permitido el ejercicio de la actividad interpretativa sin límites claros y precisos que garanticen la voluntad popular plasmada en la Constitución.

Así las cosas, en este primer capítulo se revisarán los fundamentos del control de constitucionalidad en el NCL, sus modelos y principales características, partiendo de un elemento democratizador que busca legitimar las decisiones de los tribunales constitucionales, al menos desde un aspecto orgánico. Esto permitirá obtener una visión general de la teoría del NCL en relación con la interpretación constitucional.

En un segundo momento, se revisarán las bases normativas del NCL y su relación con algunos elementos propios del neoconstitucionalismo, lo que puede causar una aparente confusión debido a una finalidad convergente entre ambos modelos teóricos: la garantía de la supremacía de la Constitución. No obstante, se trata de modelos con puntos de encuentro respecto de su normatividad, pero divergentes desde el plano político. De este modo, la adopción de fórmulas interpretativas del neoconstitucionalismo ha erosionado, de una u otra

manera, el papel legitimador del constituyente en el plano jurídico, reduciendo los límites de la función interpretativa en cabeza de los jueces constitucionales.

Finalmente, se analizarán de manera somera la ideología y los modelos interpretativos de las constituciones del NCL, a fin de defender una tesis favorable al establecimiento de límites a la actividad interpretativa de los jueces constitucionales para la garantía de la Carta política.

1.1.- La supremacía constitucional, garantía jurisdiccional y rigidez constitucional: una mirada desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el control de constitucionalidad

El principio de soberanía popular representa una forma constitucional de otorgar mayor fuerza normativa a la Constitución que a las demás normas vigentes en el ordenamiento jurídico (Del Rosario, 2011, p. 106). El principio de supremacía constitucional se erige como una máxima que refleja la jerarquía entre normas dentro de un ordenamiento jurídico, subordinando todos los actos emanados de los poderes públicos a la Constitución (Canosa, 1988, pp. 170-171). Así, la legitimidad del sistema reposa en el pueblo mismo. Por ello, no solo la legislación contraria a la Constitución debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, sino que, además, la ley debe estar dirigida a garantizar los preceptos constitucionales. En ese sentido, la supremacía constitucional tiene una dimensión negativa y también positiva. (Canosa, 1988, pp. 170-171).

La Constitución, por ende, no puede ser entendida como una pieza más del ordenamiento jurídico, sino como la norma que otorga validez y legitimidad a las demás normas del sistema (Kelsen, 2009, pp. 11-112). Por ello, se da una relación jerárquica de subordinación de las demás normas frente a la Constitución, no solo en sus contenidos materiales, sino también en el procedimiento mismo de creación normativa.

En este mismo sentido, la supremacía de la Constitución puede ser entendida desde una doble naturaleza: una formal y otra material. Formalmente, la Constitución exige la asunción del principio de rigidez constitucional, que diferencia los actos reformatorios de la Constitución de aquellos realizados respecto de la ley. Los procedimientos de reforma de la Carta política son más agravados, con el fin de impedir que los poderes constituidos la modifiquen de manera flexible y alteren la voluntad constituyente (Del Rosario, 2011, pp. 102-103). Además de ello, pueden identificarse como características: (1) la primacía de la Constitución como norma de la cual emana la competencia de los poderes constituidos, de manera que la expedición de los demás actos normativos debe adelantarse conforme a lo dispuesto en la carta política; y (2) la supremacía de la Constitución como jerarquía normativa que sirve de estándar para la validez o invalidez de las demás normas del ordenamiento jurídico. (Del Rosario, 2011, pp. 102-109).

Desde un punto de vista material o fundamental, más allá de ser la Constitución un límite a los poderes públicos para la defensa de los derechos fundamentales y de la separación de poderes, el carácter material de la supremacía constitucional exige que sea una creación de la voluntad soberana. Es decir, del poder constituyente que refleja las ideologías y valores propios de una sociedad. De este modo, la Constitución funge como un documento de naturaleza contractualista en el que se concreta el consenso de una comunidad política y en el cual los poderes constituidos se subordinan al pueblo como única voluntad soberana y permanente (Del Rosario, 2011, pp. 107-108). Por esto, el carácter material de la Constitución se asocia a su dimensión política, en la cual se prevé «un proyecto que va del presente al futuro, pero que de acuerdo con una correlación de fuerzas además superar el pasado (…)». (Navas, 2016, p. 19).

Referente a la legitimidad de la Constitución y su relación con el principio de supremacía constitucional, Hamilton indicaría que ningún acto emanado de los poderes públicos podría ser contrario a la Constitución, dado que, si ello ocurriera, se estaría desconociendo al pueblo como único poder soberano (Hamilton & Jay, s. f., pp. 295-296). Desde el punto de vista material, el control de constitucionalidad y el principio de supremacía constitucional se han fundamentado en la teoría del poder constituyente, según la cual los poderes constituidos no pueden contravenir la voluntad soberana del pueblo.

Asimismo, como ha indicado Canosa (1988), el principio de supremacía constitucional en un ordenamiento jurídico se puede producir de tres maneras: desde la misma Constitución Política, desde la jurisprudencia constitucional o desde ambas. Además de lo dicho, se exige que dentro del texto constitucional se contemplen elementos axiológicos que permitan la continuidad del orden constitucional, a partir de la inclusión de valores inherentes a una sociedad, convertidos en preceptos normativos que buscan ser interpretados por los jueces en cualquier actuación judicial (Canosa, 1988, pp. 132-137; Del Rosario, 2011, p. 111). De este modo, la supremacía de la Constitución contempla los derechos constitucionales como límites al ejercicio de los poderes públicos y como la ley de los débiles frente a los políticamente fuertes. (Ferrajoli, 2004, p. 65).

Jiménez (2021, pp. 79-80) indica que el principio de supremacía de la Constitución tiene un efecto expansivo, orientado a que cualquier acto público o privado se encuentre conforme a la Constitución. En este punto, la interpretación de la Constitución cobra especial importancia, ya que, entre los múltiples sentidos que puede tener una norma, es necesario adoptar aquel más acorde con el texto constitucional, buscando superar vacíos, lagunas y ambigüedades del sistema jurídico para asegurar la seguridad jurídica y la vigencia del ordenamiento. (Jiménez, 2021, pp. 79-80).

Inicialmente, en las Constituciones del NCL se adoptó la supremacía de la Constitución mediante la propia declaración del constituyente en los textos constitucionales, siendo explícito este principio en dichas constituciones, situación que sería ratificada por sus propios tribunales constitucionales. Sin embargo, en las constituciones del NCL se presentan dos situaciones que pueden tener efectos en el modo en que se interpreta el texto constitucional. En primer término, las constituciones de Colombia y Venezuela adoptaron una cláusula general que pregona el principio de supremacía constitucional, pero no desarrollaron la jerarquía de las demás normas del ordenamiento jurídico. En segundo término, las constituciones de Ecuador y Bolivia optaron por tener tanto una cláusula general que acoge el principio de supremacía constitucional como una jerarquización explícita de las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico, lo cual representa una evolución del principio de supremacía constitucional y, en cualquier caso, limita el escenario interpretativo del juez constitucional respecto de este principio.

En el caso colombiano, la Constitución Política de 1991 declara la supremacía de la Constitución en el artículo 4:

> Artículo 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 4)

La CCC, desde un punto de vista formal y normativo, ha interpretado el artículo 4 de la Constitución de 1991 y ha señalado tres facetas en las que se desarrolla el principio de supremacía constitucional: una función integradora, una función directiva y una función jerárquica.

Al hablar de la función integradora, la CCC destaca que la interpretación del juez constitucional debe estar dirigida a la consecución de la dignidad humana, el pluralismo jurídico, la justicia, la defensa de los derechos fundamentales, la participación de los ciudadanos, la igualdad de oportunidades entre las personas y la diversidad étnica y cultural, así como de todos los valores que conforman el modelo de Estado democrático y social de derecho acogido por el constituyente de 1991. Por ello, se hace necesario que las normas jurídicas estén destinadas a guardar afinidad con estos principios y a mantener una coherencia interna que privilegie la efectividad de la Carta política. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-054 de 2016).

Respecto de la función directiva, la CCC menciona que, de las múltiples interpretaciones que pueden darse de una norma, el juez constitucional debe escoger aquella que privilegie la compatibilidad con la Constitución, buscando

armonizar el ordenamiento jurídico con el texto supremo y dando aplicación a los criterios de conservación del derecho e interpretación conforme. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-054 de 2016).

De la función jerárquica se desprende una doble arista interpretativa: (1) la imposibilidad de que exista una norma superior a la Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad la misma jerarquía de la Constitución, pero sin superponerse a ella; y (2) la función de servir de parámetro de validez formal y material de las demás normas del ordenamiento jurídico. En el primer parámetro, la Constitución entrega verdaderas competencias normativas a los poderes públicos, así como el procedimiento de creación normativa; mientras que, desde un punto de vista material, se evalúa la norma infraconstitucional frente a la Constitución, a fin de determinar su compatibilidad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-054 de 2016).

La Constitución Política de Venezuela desarrollaría en igual sentido el principio de supremacía constitucional:

> Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución. (Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 7)

La Constitución Política de Ecuador de 2008 señala el principio de supremacía constitucional que rige sobre las demás disposiciones jurídicas:

> Artículo 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 424)

Además de ello, el artículo 425 establece una jerarquía normativa explícita entre las diferentes normas del ordenamiento jurídico, disponiendo en la cima jerárquica el texto constitucional como norma suprema:

> Artículo 425. El orden de precedencia para la aplicación de los reglamentos será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenciones internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; los reglamentos regionales y las ordenanzas de distrito; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y resoluciones; y las

> demás acciones y decisiones adoptadas por las autoridades públicas. (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 425)

En este mismo sentido, ha indicado la CCE:

> [L]a supremacía constitucional impone a todas las personas, autoridades e instituciones la obligación de sujetarse a la Constitución, ya que dejó de lado el carácter político y se convirtió en norma jurídica de aplicación directa, tanto para juezas y jueces, autoridades administrativas, servidores públicos, y de igual forma se incluyen las normas previstas en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los enunciados en la Constitución, aunque las partes no las invoquen (…). (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 005-12-SIN-CC)

Finalmente, en la misma dinámica, la Constitución Política Boliviana declara la supremacía de esta norma sobre las demás del ordenamiento jurídico. Al igual que en el caso ecuatoriano, se hace explícito el orden jerárquico de los tipos de normas en este sistema de fuentes:

> Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificadas por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo con las competencias de las entidades territoriales: Constitución Política del Estado; tratados internacionales; leyes nacionales, estatutos autonómicos, cartas orgánicas y legislación departamental, municipal e indígena; decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes. (Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 410)

En el caso boliviano, el TCPB ha expuesto que el principio de supremacía constitucional no puede basarse en las viejas definiciones o concepciones jerárquicas del texto constitucional, sino que debe ser entendido como el conjunto de derechos, principios y valores que coexisten en un ordenamiento jurídico y que representan una base pluralista e intercultural del pueblo (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0479-2018-53). Por ello, la visión clásica o formal de la supremacía constitucional, como regla que prefiere la aplicación del contenido constitucional sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, se sustenta en la protección de esa base material. De allí que se establezcan tanto una garantía primaria, como lo es la asunción del principio de supremacía cons-

titucional, como mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas (Thea, 2014, p. 333), permitiendo la salvaguarda de la voluntad popular frente a la decisión de los poderes constituidos.

El principio de supremacía constitucional contempla la necesidad de un sistema de justicia constitucional que permita al ciudadano garantizar la voluntad popular mediante diferentes mecanismos de protección. Por ello, dicho principio debe concretarse en un control jurisdiccional que revise la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico mediante controles en abstracto o en concreto, reiterando la finalidad de asegurar la garantía de los preceptos constitucionales frente a las vulneraciones de los poderes constituidos y de los particulares. De esta manera, el control de constitucionalidad se constituye en una garantía adjetiva para definir los conflictos entre el pueblo como poder soberano y los poderes públicos como poderes constituidos (Brewer-Carías, 2008, pp. 18-20). La supremacía constitucional significa la asunción del Estado constitucional que, a tenor de lo dicho por Peña (2007, pp. 242-246), tendrá las siguientes características:

1. La adopción de múltiples mecanismos jurisdiccionales que permitan la protección del orden constitucional y de los derechos consagrados en la carta.
2. El carácter objetivo de los derechos, que se convierten en verdaderas obligaciones para los poderes públicos, obligados ya no solo a no interferir respecto de algunos derechos, sino también a tomar acciones positivas a favor de otros, superando la clásica noción de constitución-garantía hacia una Constitución programática.
3. El carácter social de la Constitución, en la medida en que contiene un catálogo amplio de derechos sociales que deben ser garantizados por los poderes públicos.

Así las cosas, la supremacía constitucional requiere tanto de una visión formal como material que asegure la aplicación y garantía de las normas constitucionales, lo cual, a su vez, hace necesario legitimar el accionar de los poderes constituidos a través de la voluntad popular. La voluntad constituyente se convierte en mandato para los poderes, pero también en límite a su accionar. De este modo, las constituciones del NCL emplean una visión material anclada en la voluntad del poder constituyente y una visión formal que emplea diversos medios para garantizar el cumplimiento de su mandato, entendiendo que la materialización del Estado constitucional requiere de ambos conceptos. (Martínez Dalmau, 2008, pp. 282-284).

De este modo, las constituciones del NCL han intentado fusionar el concepto formal y material de supremacía constitucional a través de modelos fuertes

de control de constitucionalidad que buscan garantizar la Constitución, pero implementando elementos orgánicos que legitiman su accionar mediante fórmulas democráticas directas o indirectas. (Martínez Dalmau, 2008, pp. 282-284).

A continuación, se expondrán el modelo y el sistema de control de constitucionalidad en el NCL, así como los elementos orgánicos que buscan legitimar dicho control, teniendo como principales fórmulas la democratización de las acciones constitucionales y la elección de jueces o magistrados de los tribunales constitucionales.

1.2.- El modelo y el sistema de control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

El modelo de control de constitucionalidad se encuentra asociado a las circunstancias históricas y filosóficas en las que nacieron estos mecanismos. En cambio, se habla de sistemas cuando se atiende al tipo de control o aparato utilizado para garantizar la supremacía de la Constitución. Por ello, pueden combinarse modelos con sistemas (Quinche, 2013, pp. 33-38). Dentro de los modelos pueden enunciarse: el modelo político como ejercicio parlamentario; el modelo europeo, en el que se crea un órgano especializado por fuera de la rama judicial para conocer de los conflictos constitucionales; y el modelo norteamericano, en el que todos los jueces tienen competencias de constitucionalidad. Por su parte, dentro de los sistemas se encuentran: el sistema concentrado, sustentado en la anulación de las normas infraconstitucionales por parte de un órgano especial, mediante control abstracto; el control difuso, que permite la inaplicación de normas consideradas inconstitucionales en un caso específico, como sistema concreto; y los sistemas híbridos, que contienen elementos del sistema concentrado y del difuso. (Nogueira, 2002, p. 73; Quinche, 2013, pp. 33-38).

Highton (2010, pp. 108-109) señala que los sistemas de control de constitucionalidad predominantes en Occidente son: (1) el sistema del *judicial review* o difuso, en cabeza de todos los jueces, cuya aplicación de las normas constitucionales se produce en un caso concreto y con efectos *inter partes*; y (2) el sistema concentrado europeo, que centraliza el poder en un órgano cuyas decisiones tienen efectos *erga omnes*. No obstante, en Latinoamérica se combina el sistema concentrado con el difuso.

Inicialmente, los ordenamientos jurídicos del NCL han preferido la adopción de un modelo europeo de control de constitucionalidad respecto de su estructura, dado que se han creado órganos jurisdiccionales específicos y exclusivos para conocer de procesos contenciosos de naturaleza constitucional. Sin embargo, su

naturaleza jurídica no parece del todo definida.[10] Asimismo, las constituciones políticas del NCL también han adoptado algunas características del modelo estadounidense, ya que distribuyen competencias en materia constitucional entre todos los jueces. Por ello se indica que tienen una especial connotación híbrida (Quinche, 2013, p. 40). Lo anterior se explica porque se trata de tribunales que conocen de manera concentrada la declaratoria de inconstitucionalidad sobre leyes y demás normas jurídicas, expulsándolas del ordenamiento jurídico por su contradicción con la carta política; pero, a su vez, los jueces aplican directamente la Constitución o inaplican normas infraconstitucionales por ser contrarias al texto supremo, sin que estas salgan del ordenamiento jurídico.

Especial énfasis merece el modelo de justicia constitucional del NCL, que resulta innovador en tanto convierte los sistemas de control de constitucionalidad difusos en modelos concentrados con variaciones sustanciales. No obstante, ello no implica que las constituciones del NCL hayan abandonado el *judicial review*, pues se combina un modelo en el que los tribunales constitucionales guardan la supremacía de la Constitución con otro en el que los jueces ordinarios tienen la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución. En cualquier caso, serán los tribunales constitucionales quienes tendrán la última palabra frente a la inaplicación o no de determinada norma. Por ello, no puede afirmarse que el modelo de control de constitucionalidad en el NCL sea puramente concentrado, puesto que no se entregan facultades en materia de constitucionalidad solo a un tribunal o corte. (Pazmiño, 2009, pp. 42-43).

Con todo, el NCL adopta un sistema de control de constitucionalidad mixto, destacando su especial naturaleza popular. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, contempla una legitimación procesal amplia para que el pueblo mismo pueda interponer acciones como medio de defensa de la soberanía popular (Storini & Escudero, 2011, p. 15). Esto genera una ruptura con los esquemas clásicos de constitucionalidad, que reconocen estos derechos a un grupo pequeño de personas según sus especiales calidades. Así las cosas, habrá que diferenciar que el control mixto de constitucionalidad implica tanto el desarrollo de un control concentrado de constitucionalidad como de un control difuso distribuido en diferentes órganos, buscando mayores garantías jurídicas para los ciudadanos y el respeto absoluto del texto constitucional por parte de los poderes públicos y de los particulares.

En este sentido, la legitimación en la causa por activa tiene una directa correlación con la defensa del derecho objetivo y la supremacía de la Constitución,

10 En este sentido no se podría decir que estos tribunales se encuentren por fuera de la estructura propia del poder judicial.

entregando dicha legitimidad a algunas autoridades o al pueblo (Nogueira, 2004, p. 3). Resulta más democrático y afín a la teoría del poder constituyente —como noción que retoma el constitucionalismo democrático en el NCL— aquel modelo que pregona una defensa activa de la Constitución desde el pueblo como su creador y actor político permanente. Por ello, en teoría, el NCL favorece el acceso del ciudadano a la justicia constitucional mediante una gama variada de acciones constitucionales y una amplia legitimación para accionar (Gargarella, 2018, p. 120), en defensa de la supremacía de la Constitución como obra del poder constituyente.

1.2.1.- ¿El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad?: democratizando la justicia constitucional, pero con reservas

Waldron (2008, p. 12), uno de los críticos más conocidos de la revisión judicial y del control de constitucionalidad, ha señalado que los tribunales constitucionales no se encuentran legitimados para resolver asuntos políticos ni para revisar las decisiones de órganos que sí han sido elegidos democráticamente por el pueblo. Por ello, propone la parlamentarización de la jurisdicción constitucional, con el fin de que las controversias alrededor de los derechos se resuelvan mediante cánones más democráticos. El autor presenta sus objeciones al control de constitucionalidad a partir de la elección antidemocrática de los jueces constitucionales, los desacuerdos que surgen en torno a los derechos y las interpretaciones judiciales que terminan convirtiéndose en decisiones que no pueden ser revertidas mediante formas democráticas.[11] Es decir, las decisiones de los tribunales constitucionales, a diferencia de las de los demás poderes, no tienen un control equivalente, lo que genera desequilibrios institucionales frente

[11] De esta manera, WALDRON (2008, pp. 12) señala la existencia de modelos de control de constitucionalidad fuertes y débiles: "En un sistema de control fuerte, como es el caso de Colombia o Estados Unidos, una sentencia en contra de la medida legislativa enjuiciada la hace inoperable (mediante una de las formas que discutí en el párrafo anterior). En un sistema de control débil, la corte profiere una suerte de declaración de incompatibilidad entre un artículo de la Constitución y la legislación analizada. Esta declaración puede producir efectos políticos muy serios y, en ocasiones, incluso efectos institucionales profundos, pero la disposición legislativa problemática no se vuelve inoperable. La declaración simplemente advierte sobre la inconstitucionalidad de la norma, y permite que el parlamento o los ministros que lo controlan tomen alguna decisión al respecto. El legislativo —elegido y responsable ante el pueblo— conserva su capacidad de operación y mantiene su competencia de modificar la norma positiva, aunque ejerce esta atribución por cuenta de una declaración de incompatibilidad y de una forma relativamente limitada por la decisión de la corte.", tambien puede verse en WALDRON (2018, pp.106-110).

a los demás poderes y frente al pueblo mismo, que tampoco podría anular sus decisiones.

El autor neozelandés señala, además, que desde un punto de vista procedimental y liberal el control de constitucionalidad no resulta legítimo. En primer término, porque existen mecanismos más democráticos para la toma de decisiones que la decisión de una mayoría de un tribunal constitucional; en segundo término, porque las decisiones tomadas por las cortes implican una privación de los derechos individuales de cada ciudadano sin que este tenga participación mínima en la toma de la decisión. Desde un factor interno de la decisión, indica que las interpretaciones dadas por los tribunales tienen una especial connotación política, presentándose una judicialización de la política que espera el cambio de composición de la corte para modificar el rumbo jurisprudencial (Waldron, 2018, p. 124). Por ello, el debate central en torno al control de constitucionalidad se da por el procedimiento no deliberativo mediante el cual se resuelven los desacuerdos sobre los derechos, negando la participación democrática de otras instituciones en la definición del texto constitucional.

Frente a la crítica al control de constitucionalidad y a su parlamentarización como solución, en el NCL se hace explícita la necesidad de adoptar un control de constitucionalidad que permita la vigencia de las normas constitucionales y, a su vez, la imposibilidad de que sea el parlamento quien efectúe dicho control (Martínez Dalmau, 2012a, p. 305). Ello por cuanto supondría adoptar una visión de la Constitución como una ley más, situación que resulta contradictoria con el principio de soberanía popular y con la noción del pueblo como poder constituyente.

Ahora bien, desde un punto de vista político, la crítica al control de constitucionalidad parte de una visión restringida del concepto de soberanía, en tanto cuestiona que dicho control defienda la voluntad del poder constituyente como poder soberano y absoluto. Ello se explica porque muchos textos constitucionales no obedecen a la voluntad real del pueblo, ya sea por la antigüedad de sus textos o por el carácter no democrático de su creación (Waldron, 2018, p. 43). Además, presenta como argumento adicional la existencia de modelos de restricción que no tienen legitimidad democrática, como ocurre con los derechos humanos (Waldron, 2018, p. 47).

No obstante, la visión planteada resulta inocua frente a las constituciones del NCL, debido a que estas son constituciones democráticas que reivindican al pueblo como poder soberano y afirman su propia ontología, lo que impide cualquier tipo de restricción que desconozca tal fundamento. Además, frente a los modelos de restricción en derechos humanos, debe recordarse que el carácter democrático de las constituciones del NCL integra los derechos inter-

nacionales de los derechos humanos al texto constitucional, siendo voluntad del constituyente la remisión normativa a estos instrumentos. Este elemento será revisado más adelante al abordar la apertura al derecho internacional en dichas constituciones. De cualquier forma, los principales argumentos en contra del control de constitucionalidad pueden sintetizarse así: (1) la ausencia de canales democráticos para la elección de jueces constitucionales, al tratarse de espacios reservados a la discrecionalidad de los poderes públicos; (2) el carácter vitalicio en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de algunos tribunales constitucionales; (3) la facultad de anular las decisiones de poderes elegidos democráticamente; y (4) la imposibilidad de garantizar procesos democráticos (Noguera, 2011, p. 8).

Aunado a las anteriores críticas, el sistema de nombramiento de jueces encierra otro problema democrático: la selección de estos, a diferencia del parlamento, no representa una pluralidad de facciones que permita ejercicios de toma de decisiones más deliberativos. Ello ocurre porque quienes ocupan dichos cargos pertenecen usualmente a una élite social, política y económica, lo que impide una visión general de los problemas de la sociedad (Gargarella, 2011, pp. 55-70) y favorece modelos que privilegian a una clase en específico (Pisarello, 2011, p. 189). A ello se suman los límites que también se imponen para el acceso a la jurisdicción constitucional.

En este sentido, la crítica u objeción contramayoritaria tiene una lógica interna y externa, en tanto cuestiona el carácter político de las decisiones judiciales y la estructura orgánica del nombramiento de los jueces constitucionales. Con todo, Noguera (2011) señala que las propuestas de quienes abogan por la objeción contramayoritaria no han articulado adecuadamente las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación, en razón a que no superan los modelos liberales clásicos de representación política. Bajo el modelo de soberanía popular se hace necesaria la integración de mayores mecanismos de participación directa por parte del pueblo, permitiendo que este se integre como actor político permanente en la toma de decisiones de la vida institucional del Estado. De este modo, las visiones liberales del derecho han impedido la superación de los derechos liberales como derechos absolutos, han creado mayores brechas de desigualdad entre los ciudadanos y han relativizado las posibilidades de cambio constitucional democrático. En las democracias modernas debe permitirse a los ciudadanos la actualización de las disposiciones constitucionales mediante mecanismos más deliberativos.

En todo caso, el NCL ha traído diversas innovaciones democráticas que permiten una mayor articulación entre soberanía, democracia y justicia constitucional, incorporando elementos sustantivos, jurisdiccionales y orgánicos para un

constitucionalismo más democrático (Noguera, 2011, pp. 16 y ss.). Desde una perspectiva de justicia constitucional, el NCL se regirá por el reconocimiento de mecanismos de enfrentamiento entre ciudadanos y Estado para la defensa de la voluntad popular; por mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadano-Estado; y por la forma de elección y composición de los tribunales constitucionales. Con ello se imprime un especial componente democrático a la justicia constitucional, orientado a superar la objeción democrática al control de constitucionalidad. (Martínez Dalmau, 2012a, pp. 305-306; Noguera, 2011).

En este último punto, como se verá más adelante, las críticas clásicas al carácter no popular de los jueces constitucionales como intérpretes últimos de la Constitución (Bernal Pulido, 2005, p. 33; Sunstein, 1999, p. 353) serán revaluadas, estableciéndose mecanismos más democráticos para su elección, periodos limitados en el tiempo para el ejercicio de sus funciones y mecanismos jurisdiccionales que permiten un mayor acceso de la ciudadanía a la justicia constitucional. De esta manera, se configura una «jurisdicción popular» (Martínez Dalmau, 2012a, pp. 305-306). Además, desde un punto de vista interno, se incorporan elementos de interpretación de la Constitución que hacen explícita la diferencia entre la norma suprema y las demás normas del ordenamiento jurídico.

Como bien indica Noguera (2011, pp. 172-174), el poder constituyente resulta ser un poder absoluto que se encuentra limitado en el tiempo. De allí que, puesta en marcha la Constitución como creación soberana, el papel del constituyente tienda a difuminarse. Sin embargo, en el NCL la noción de poder constituyente significa una innovación política respecto del constitucionalismo clásico, en tanto, pese a la delegación de funciones y facultades, será el mismo pueblo quien conserve la facultad de controlar a los poderes mediante el ejercicio del control de constitucionalidad. La justicia constitucional resulta necesaria para la protección de los derechos constitucionales consagrados en las constituciones políticas, pero también para impedir que los poderes públicos limiten la capacidad democrática que tiene el pueblo como poder constituyente.

En respuesta a la falta de participación en la toma de decisiones constitucionales, las constituciones del NCL previeron la facultad-potestad de la ciudadanía de acceder a la justicia constitucional. Sin embargo, el desmonte del carácter popular de las acciones constitucionales hace que resurja con vigor la objeción a la legitimidad del control de constitucionalidad, dado que se cercena la capacidad de participación popular que hace democrático dicho control (Waldron, 2018, p. 100). De esta forma, en el plano teórico, el NCL avanza frente a teorías como el neoconstitucionalismo, que entregan amplias facultades a los jueces en razón de la desconfianza frente al legislador y a los poderes de las mayorías

(Prieto Sanchis, 2011, p. 204). Las nuevas constituciones latinoamericanas son ejercicios constituyentes que integran elementos de desconfianza frente a los poderes constituidos, pero que, además, maximizan los procedimientos democráticos en cabeza del pueblo. Así, se presenta un aligeramiento de la tensión entre democracia y constitucionalismo, en tanto el pueblo se integra a la toma de decisiones políticas de importancia nacional mediante procedimientos democráticos establecidos en la Constitución, al menos en teoría.

A pesar de las respuestas que ha traído el NCL y de la democratización de la justicia constitucional, no puede dejar de observarse y revisarse, desde distintos entornos, la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, debido a su especial importancia en las constituciones contemporáneas, más aún en aquellas del NCL que tienen un especial componente democrático. Por ello, no puede perderse de vista que los amplios poderes atribuidos a los tribunales constitucionales pueden conllevar la usurpación no solo de facultades legislativas —sobre las cuales se ha sustentado la objeción contramayoritaria—, sino también del poder constituyente, al punto de subvertir la voluntad popular. Los principales presupuestos de este fenómeno son: (1) la intervención de los tribunales constitucionales en temas programáticos o de políticas públicas; (2) la asunción de los tribunales constitucionales como únicos intérpretes de la Constitución, incluso en detrimento del pueblo; y (3) una interpretación activista del texto constitucional que, por loable que sea la actualización de la Constitución a la realidad social, no deja de entrañar una tensión con el poder constituyente. De esta manera, el control de constitucionalidad puede posibilitar el desplazamiento del autogobierno en manos del pueblo hacia una soberanía del poder judicial mediante la usurpación del poder constituyente (Waldron, 2018, pp. 138 y ss.). La interpretación de los jueces constitucionales puede rebasar los límites de sus competencias e intervenir en las políticas públicas mediante el activismo judicial. Se dice, entonces, que el control de constitucionalidad obtiene su legitimidad en el carácter racional de las decisiones; sin embargo, en toda decisión judicial existen elementos que no necesariamente son jurídicos, sino también políticos e ideológicos. (Noguera, 2011, p. 180).

Así las cosas, el NCL ha contemplado mecanismos externos para la democratización de la justicia constitucional. Sin embargo, la dimensión interna de las decisiones judiciales —esto es, la interpretación de los tribunales constitucionales— termina por plantear serias dudas sobre el carácter democrático del texto constitucional, dudas que se acentúan en las constituciones latinoamericanas por tratarse de un constitucionalismo esencialmente democrático. De esta forma, se procederá a revisar los modelos de control de constitucionalidad diseñados

por los constituyentes del NCL y la estructura orgánica de sus tribunales, a fin de resaltar su avance democrático desde un punto de vista externo.

1.2.2.- De los sistemas de control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

El NCL, en busca de la garantía de la supremacía de la Constitución, integra una Constitución normativa como expresión de la voluntad popular, pero también una Constitución sociológica que reivindica el papel del pueblo como poder constituyente. Esta permite el conflicto entre ciudadano y Estado por medios institucionales, haciendo imperioso que toda Constitución que se considere democrática cuente con mecanismos que permitan al pueblo controlar a los poderes constituidos, en aras del respeto de la voluntad creadora y de la garantía de los intereses populares (Noguera, 2013, pp. 155-157). Por ello, cuando se habla de democracia constitucional, se hace imperiosa la existencia de conflicto social, pero también de mecanismos institucionales para su trámite y solución.

Noguera (2013, pp. 172-173) explica que las constituciones son más democráticas desde su justicia constitucional según los instrumentos de cultura legal interna y externa que empleen. Desde un punto de vista interno, deben revisarse las funciones de los tribunales constitucionales en contraposición con las atribuidas a los demás órganos del poder público. Además, debe analizarse la forma en que se dan sus deliberaciones, a fin de determinar si sus decisiones resultan interpretativas o creativas del derecho. Desde una cultura legal externa, será necesario revisar la forma de elección y nombramiento de los integrantes de los tribunales constitucionales, así como la legitimación por activa de las acciones constitucionales en defensa de la Constitución.

Así se pone atención en aquellas estructuras judiciales de tendencia elitista que buscan controlar la interpretación de la Constitución para blindar las actuaciones de los poderes públicos. Son recurrentes los escenarios en los que se toman decisiones en contra de la voluntad popular, pero que se ven legitimadas bajo el manto de la racionalidad del poder y de la decisión judicial (Noguera, 2013, pp. 163-164). Por ello no es extraño que, dadas las formas de elección de los integrantes de los tribunales constitucionales, se procure escoger jueces más afines a la ideología política de su nominador, de manera que sus decisiones sean reflejo de ese ideario. De esta manera, la forma y los mecanismos de elección de los miembros de los tribunales constitucionales tienen una incidencia especial en el desarrollo de los derechos constitucionales y en los límites que el pueblo, como poder soberano, puede plantear a los poderes constituidos. En muchos países, la idea del juez constitucional no ha sido la de un árbitro entre el Estado y el pueblo, sino la de un órgano de legitimación de actuaciones estatales que no corresponden a la voluntad popular.

El NCL, en respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad —crítica centrada tanto en la activación del control de constitucionalidad como en el órgano encargado de realizarlo—, implementa elementos de la cultura legal externa con el fin de democratizar la justicia constitucional (Noguera, 2013, p. 171). Para ello incorpora amplios y diversos mecanismos de enfrentamiento entre el Estado y el ciudadano, así como procedimientos de elección de magistrados de tribunales constitucionales con activa participación popular, lo cual ayuda a reducir la tensión entre democracia y justicia constitucional. Por otra parte, el NCL acoge inicialmente un modelo de justicia constitucional de naturaleza popular, incluyendo una amplia legitimación por activa de carácter universal en las acciones constitucionales. Ello se traduce en una capacidad de custodia y vigilancia de los poderes públicos desde un enfoque negativo que anula su actuación (Noguera, 2013, pp. 180-181). Así, las constituciones del NCL presentan, *prima facie*, altos estándares democráticos, pese a que posteriormente estos mecanismos serían desmontados vía limitaciones jurisprudenciales y legislativas (Noguera, 2013, p. 171). Lo anterior puede sintetizarse de la siguiente manera:

Las nuevas constituciones latinoamericanas permiten una democratización del sujeto con legitimidad para activar el control de constitucionalidad, a través de la introducción en sus articulados de mecanismos institucionales y mecanismos jurisdiccionales de poder negativo indirecto. Asimismo, permiten una democratización del órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad a través de la introducción de mecanismos de participación ciudadana directa en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. En resumen, podemos decir que el neoconstitucionalismo andino ha supuesto la introducción de los primeros pasos para poder, al menos, disminuir la clásica contradicción entre justicia constitucional y democracia. (Noguera, 2013, p. 195)

Esto conlleva un llamado a la participación activa del pueblo, que genera una estrecha relación entre los derechos y el proceso político, facilitando la interacción de la ciudadanía en la forma como se conciben los derechos. A su vez, ello genera lo mencionado por Navas (2013), citando a Pisarello, como «apropiaciones plurales y autoconscientes» por parte de los sujetos de los derechos, así como dinámicas de defensa e interpretación de estos y, en general, de participación con base en un discurso de derechos que se relocalizarían como un tema político.

En definitiva, el NCL adopta una visión democrática y garantista de los derechos, concediendo mayores niveles de participación al pueblo, así como el desarrollo de un control de constitucionalidad que, por su conformación y estructura, resulta más democrático, siendo primordialmente un control con-

centrado y especializado (Belloso, 2015, p. 45). De esta forma, el NCL atribuye facultades a los jueces para desentrañar los amplios, indeterminados y axiológicos componentes de la Constitución. Ello presenta una contradicción con el carácter democrático de esta corriente, en tanto entrega dichas facultades al órgano menos democrático de toda la estructura institucional (Belloso, 2015, p. 47). Empero, dicha situación trata de corregirse desde la conformación del tribunal, la legitimación en las acciones constitucionales y los límites a la interpretación de la Constitución.

A continuación, se revisará de manera específica el modelo y sistema de cada una de las constituciones pertenecientes al NCL, teniendo como criterio de presentación su orden cronológico de expedición.

1.2.2.1.- El control de constitucionalidad en Colombia

Pese a las diversas posturas que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, en un principio se abogó por la concentración absoluta en un órgano para el conocimiento de la constitucionalidad de cualquier norma jurídica, mientras que otros sectores defendieron la continuidad del control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. El constituyente de 1991 adoptó un sistema amplio de control de constitucionalidad y creó la CCC como órgano jurídico-político, con el fin de proteger la autonomía e imparcialidad de sus miembros (Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991).

Así, en Colombia, la Constitución de 1991 creó la CCC como máximo órgano en asuntos constitucionales e intérprete auténtico sustituto de la Constitución, con capacidad de controlar monolíticamente la constitucionalidad de las leyes. No obstante, el sistema colombiano entrega materias de control concentrado de constitucionalidad al Consejo de Estado frente a la constitucionalidad de aquellos decretos sobre los cuales la Corte Constitucional no tiene competencia, y distribuye de manera difusa competencias a todos los jueces vía acción de tutela.

Para el desarrollo posterior del trabajo, resulta necesario señalar que la CCC funge como intérprete auténtico sustituto. Dado que se trata de una Constitución democrática, el órgano constituido es quien realiza la interpretación, por

delegación del soberano, para desentrañar la voluntad originaria del pueblo plasmada en el texto constitucional,[12] aunque dicha función exige motivación.[13]

Es importante señalar que, en el caso colombiano, el constituyente creó un órgano específico encargado de garantizar la supremacía constitucional del texto de 1991. Con ello se desligó a este órgano de la estructura ordinaria de la rama judicial del poder público, generando un cambio frente al anterior sistema constitucional, en el cual el control de constitucionalidad era ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Estructuralmente, la CCC está compuesta por nueve magistrados, elegidos por el Senado de la República a partir de tres ternas enviadas por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los magistrados tienen un periodo personal de ocho años, sin derecho a reelección.

Se ha dicho, además, que el control de constitucionalidad en Colombia se ejerce tanto por vía de acción como por vía de excepción (Rey, 2008, p. 67). Por vía de acción, se produce cuando se solicita a un tribunal evaluar la

12 Debe indicarse que no se puede hablar de intérprete auténtico dado que, al hablar de interpretación autentica es aquella que realizar el mismo creador del documento. Por ello al ser el poder constituyente el creador del texto constitucional los tribunales constitucionales no pueden decirse ser auténtico. Al respecto GUASTINI (1999) mencionara sobre el intérprete auténtico: "Por interpretación autentica se entiende, en un sentido amplio, la realizada por el autor mismo del documento interpretado (sin referencia alguna a la identidad del autor y a la naturaleza del documento) (…)" (p. 19), en ". Véase también MARTINEZ DALMAU (2012b) al respecto se indica:" Pero cuando se trata de una Constitución originaria del poder constituyente democrático, estamos ante el único caso de aplicación normativa donde, por el carácter originario de la construcción constituyente, no se puede ordinariamente acceder al conocimiento directo de la voluntad generadora, y el sentido de la decisión sólo puede conocerse a través de los mecanismos previstos por el propio constituyente que deben tener en cuenta, en la proporción adecuada, los documentos generados durante el periodo constituyente. Requiere, por lo tanto, de un intérprete auténtico sustitutivo que realice la función de intérprete constitucional, y que en los casos del sistema de control concentrado de la constitucionalidad es, habitualmente, el tribunal constitucional" (p. 635). De la misma manera, GUASTINI (2015) señala: "Ahora bien, de forma general, los intérpretes "auténticos" de todo texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo: a un tipo particular son aquellos competentes para aplicarlo en última instancia, decir aquellos cuyas decisiones competentes para aplicarlos en última instancia no pueden ser contradichas", en "La interpretación de la Constitución", p. 2018.; vease tambien WROBLEWSKY (1988, p. 29).

13 No podrá decirse entonces que un tribunal constitucional es intérprete auténtico en sentido estricto dado que para ello no tendría la obligación de motivar sus decisiones y se convertiría en un poder político sin límites, al respecto CANOSA (1998) dirá: "Lo que, a primera vista, distingue la interpretación autentica de la judicial es la ausencia de motivación de la primera. mientras que el juez esta constreñido a concluir su actividad en virtud de una fundamentación jurídica, lo que se llama motivar una sentencia;".(p. 30)

constitucionalidad de determinadas normas jurídicas para que, en caso de que la norma demandada sea contraria a la Constitución, sea expulsada del ordenamiento jurídico.

De la misma manera, la Constitución de 1991 entregó competencia a la CCC para decidir las acciones públicas de inconstitucionalidad que puedan presentarse contra las leyes y los decretos con fuerza material de ley, ya sea por vicios de contenido o de forma, así como contra los actos legislativos, solo por vicios de forma. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241).

Dentro de los controles por vía de acción pueden indicarse como mecanismos jurisdiccionales establecidos por el constituyente la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción de tutela. Así las cosas, de manera concentrada, *a posteriori* y por vía de acción, la CCC conoce de la inconstitucionalidad de actos reformatorios de la Constitución, leyes[14] y decretos con fuerza material de ley.

Ahora bien, cuando se habla de la acción pública de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, se advierten dos tipos de controles: (1) la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, desarrollada por el Consejo de Estado frente a los decretos expedidos por el Gobierno que son distintos de aquellos cuya competencia radica en la CCC; y (2) la acción pública de nulidad, entendida como aquella que puede ser promovida por cualquier persona para demandar cualquier acto administrativo, independientemente del órgano que lo expidió.[15] En cualquier caso, la declaratoria de nulidad proferida por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo tiene efectos *erga omnes*.

La acción de tutela será otro medio de control de constitucionalidad por vía de acción, mediante el cual se pretende amparar un derecho fundamental vulnerado por el Estado o por un particular. Ello hace necesaria la intervención del juez constitucional para el restablecimiento del derecho constitucional. (Julio, 2002, pp. 214 y ss.).

El sistema colombiano también adopta un control previo de constitucionalidad que no requiere la interposición de demanda alguna para que sea estudiado por el órgano competente. Así, la CCC conocerá de manera automática de los proyectos de ley objetados por el presidente de la República, las leyes estatuta-

14 Como excepción se tiene el control que se realiza a la Leyes estatutarias, la objeción de inconstitucionalidad del presidente de la república y la aprobación de tratados internacionales. ya que estos controles se realizan de manera previa y no requiere de la acción, en la Constitución política de Colombia, 1991, art. 241.

15 Sin embargo, puede existir excepciones de inconstitucionalidad vía acción de inconstitucionalidad, véase caso de sustituciones de asignación de retiro de las fuerzas militares y la policia Nacional de Colombia.

rias y la aprobación de tratados internacionales por remisión del Congreso de la República (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241).

Frente al primero de estos controles, puede decirse que no resulta integral, dado que la competencia de la CCC queda supeditada a las objeciones presentadas por el presidente de la República, salvo que el proyecto haya sido objetado en su totalidad. Por ello, en caso de objeción total, el control resulta integral y la norma no podrá ser objeto de posteriores demandas de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1404 de 2000).

Ahora bien, frente al control previo realizado a las leyes estatutarias[16] y a los tratados internacionales,[17] el control efectuado por la CCC será integral y definitivo. Es decir, se estudiará la totalidad de los artículos que componen la norma y estos no podrán ser demandados nuevamente en ejercicio de la acción de constitucionalidad.

Finalmente, el control de constitucionalidad difuso se dará tanto por vía de acción como por vía de excepción. Por vía de acción, el control difuso se realiza mediante la promoción de la acción de tutela ante la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, competencia que reside en todos los jueces y tribunales de la República. Por vía de excepción, se dará cuando el juez, en un asunto concreto, inaplique una norma infraconstitucional por ser contraria a la Constitución, de modo que sus efectos solo involucran a las partes del conflicto, como consecuencia de la aplicación del artículo 4 de la Carta política. De esta forma, en la acción pública de inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos *erga omnes*, mientras que el control por vía de excepción tendrá efectos *inter partes* (Rey, 2008, p. 67).

Por todo ello, el control de constitucionalidad colombiano se caracteriza por ser de naturaleza integral, compleja, abierta y democrática. Es integral porque sus posibilidades abarcan la totalidad del ordenamiento jurídico, y compleja porque

16 "Este control tiene su sustento constitucional en los artículos 241-8 y 153 de la Constitución Política de 1991, donde antes de la sanción presidencial, debe el presidente del congreso (que en el caso colombiano es el presidente del Senado de la República) enviar una copia del proyecto para su estudio constitucional y de encontrarlo favorable o conforme al mandato superior, lo enviará al ejecutivo para su trámite pertinente. Este control tiene como características que es automático, previo, integral, definitivo y participativo.".(OSPINA, 2019, p. 6)

17 Este control tiene su sustento en el artículo 241-10 de la Constitución Política de 1991, en donde el gobierno debe enviar a la Corte Constitucional tanto el tratado como la ley aprobatoria, para su estudio dentro de los seis días posteriores a la sanción; de encontrarse conforme al mandato superior nacional, el gobierno podrá surtir el canje de notas correspondiente. Este control se caracteriza por ser un control previo, automático e integral.". (*Ibid*., p. 7)

involucra diferentes instancias de la estructura del Estado (Rey, 2008, p. 70). Así, puede observarse que diferentes órganos jurisdiccionales tienen competencia en materia de control de constitucionalidad: la CCC, el Consejo de Estado, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y la jurisdicción ordinaria. Además, órganos no judiciales también ostentan funciones relacionadas con el control de constitucionalidad, como ocurre con el presidente de la República a través de la objeción a las leyes por razones de inconstitucionalidad. Ahora bien, se le atribuye un carácter abierto porque, en últimas, cualquier juez realiza control de constitucionalidad por vía de excepción cuando, en un caso concreto, la norma resulte inconstitucional. Finalmente, se le atribuye un carácter democrático al consagrarse una acción pública para determinar la validez de la norma frente a la Constitución política. (Rey, 2008, pp. 70-72).

1.2.2.2.- El control de constitucionalidad en la República Bolivariana de Venezuela

En Venezuela existe un control mixto —difuso-concentrado— de constitucionalidad, con un órgano especializado para ejercer la jurisdicción constitucional dentro de la misma rama judicial del poder público: la SCTSJV. Sin embargo, al ejercerse un control mixto, la justicia constitucional es ejercida por todos los jueces de la República respecto de la inaplicación de normas contrarias a la Constitución, mientras que el control concentrado es realizado por la SCTSJV. (Storini & Escudero, 2011, p. 3).

Respecto de la SCTSJV, será la Ley Orgánica de la Administración de Justicia la que señale que esta será la última intérprete de la Constitución, de modo que la interpretación de sus contenidos resulta vinculante para las demás autoridades judiciales. De la misma manera, la sala está conformada por siete magistrados, constituyéndose como una supersala que incluso tiene efectos vinculantes sobre las demás salas del tribunal.

En el control concentrado, la CPV señala que la Sala Constitucional desempeña la función de conocer las acciones de inconstitucionalidad frente a las leyes y aquellos actos de ejecución directa e inmediata que emanen de los poderes públicos, teniendo efectos *erga omnes* la declaratoria de inconstitucionalidad.[18] Sin embargo, la declaratoria de nulidad de actos administrativos de naturaleza

[18] Art. 334: "Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la

sublegal es competencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. (Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 266).

De esta manera, la SCTSJV tiene competencia para la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias, tanto desde un sentido formal como material; de las constituciones y leyes estatales; de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes del Estado; de los decretos ley dictados por el poder ejecutivo nacional; y de los actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución por cualquier órgano del poder público.

Al igual que el modelo colombiano, la CPV de 1999 desconcentra las funciones del control de constitucionalidad concentrado, separando aquellas normas sobre las cuales recae un control de constitucionalidad en sentido estricto de aquellas en las que recaen controles administrativos. Así, cuando se trata de actos normativos de carácter infralegal, la competencia corresponde a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo.

La CPV de 1999 resulta innovadora al reconocer expresamente la inconstitucionalidad por omisión cuando los poderes públicos no hayan emitido normas necesarias para garantizar el cumplimiento de la Constitución política, reafirmando la fuerza normativa de la Constitución ante la inacción de los poderes públicos que perturben la garantía de los derechos constitucionales (Storini & Escudero, 2011, p. 9). Por ello, el constituyente buscó que la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución no quedara a disposición de los poderes constituidos. Así, cuando el legislador guarde silencio en el desarrollo de un derecho constitucional, el tribunal determinará el tiempo y las directrices de la norma que debe expedirse.

Ahora bien, en el control previo de constitucionalidad, la SCTSJV conoce de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de los proyectos de ley nacional a solicitud del presidente de la República, cuando este presente reparos sobre su constitucionalidad. Dicho control se realiza antes de la ratificación y entrada en vigencia de estas normas.[19] También se prevé un control automáti-

Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.". (Constitución Política de Venezuela, 1999)

19 Art. 214: "El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella. La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente o Presidenta de la República, por mayoría absoluta de los diputados y diputadas presentes y le remitirá la ley para su promulgación. El Presidente o Presidenta de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su

co de las leyes orgánicas. Así, en los dos primeros casos, estos controles serán previos y por vía de acción, cuya legitimidad residirá única y exclusivamente en el presidente de la República; mientras que, frente a las leyes orgánicas, se dará un control automático de constitucionalidad con anterioridad a la entrada en vigor de la norma.[20] Finalmente, existirá control automático y oficioso sobre los decretos que declaren estados de excepción por parte del presidente de la República.

Sobre la legitimación por activa para acceder a la justicia constitucional, la acción de inconstitucionalidad podrá ser impetrada por cualquier persona, retomando la concepción de esta acción como pública. Con ello se busca legitimar el ejercicio del control de constitucionalidad, entendiendo la necesidad de que el pueblo controle a los poderes constituidos por vías institucionales.

En el control difuso, la CPV autoriza a los jueces a aplicar de manera preferente las disposiciones constitucionales sobre la legislación ordinaria, sobreponiendo el texto constitucional a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y generando efectos *inter partes*, por lo que la decisión judicial solo será vinculante para el caso concreto. Por ello, en el control difuso se da un control de constitucionalidad vía excepción, que implica desaplicar una norma infraconstitucional en el caso específico, sin necesidad de promover una acción incidental ante la SCTSJV, otorgando un alto nivel de autonomía a los jueces. Además, la Ley Orgánica de Amparo permite a los jueces inaplicar una norma cuando genere efectos que contravengan los derechos constitucionales. A pesar de lo anterior, el artículo 336 de la CPV entrega a la SCTSJV la facultad de revisar los fallos en los que se haya inaplicado la ley por inconstitucional, con la finalidad de guardar la coherencia del ordenamiento jurídico. En este caso, la aplicación del control difuso ya no tendrá solo efectos *inter partes*, sino que,

recibo, sin poder formular nuevas observaciones. Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.", Constitución Política de Venezuela, 1999.

20 "Art. 203: "Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter.". (Constitución Política de Venezuela, 1999, art. 203)

además, será vinculante para los demás jueces de la República, adquiriendo verdaderos efectos *erga omnes*.

Asimismo, en el control difuso la norma contraria a la Constitución no es anulada, sino que el juez suspende su aplicación para el caso concreto, haciendo prevalecer la norma constitucional. Así, son susceptibles de aplicación del control difuso de constitucionalidad en el caso venezolano las leyes, decretos leyes, leyes estatales, ordenanzas municipales y reglamentos promulgados por el poder ejecutivo. De igual forma, la SCTSJV tiene competencia para revisar las acciones de amparo de constitucionalidad de las leyes o normas dictadas por los tribunales de la República.

Además de lo referenciado, el caso venezolano incorpora elementos del modelo estadounidense mediante la adopción de un sistema de precedente obligatorio y vinculante para todas las autoridades judiciales de la República. Así, la interpretación de la Sala Constitucional termina siendo vinculante para el propio Tribunal Supremo y para los demás jueces de la República.[21] Sin embargo, resulta estructuralmente paradójico que una sala individual, dadas sus competencias constitucionales, tenga mayor poder y fuerza vinculante que la Sala Plena del tribunal.

Frente al control de constitucionalidad establecido en Venezuela, Paz de Henríquez (s. f., p. 17) señala que este sistema adolece de verdaderas reglas jurídicas que permitan garantizar el principio de seguridad jurídica. En muchas ocasiones resulta incompatible la determinación de la constitucionalidad de una norma y la interpretación del contenido de un derecho en el control difuso, generando discrepancias entre los jueces sobre la constitucionalidad de una norma. Por ello, el sistema venezolano de constitucionalidad resulta complejo, amplio y abierto por la combinación que presenta, permitiendo el control de constitucionalidad mediante múltiples acciones constitucionales y contencioso-administrativas (Storini & Escudero, 2011, p. 11). Entre ellas se encuentran la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de amparo para la protección de los derechos constitucionales y la acción de anulación de actos administrativos.

Respecto de la legitimación por activa, cualquier persona puede formular la acción de inconstitucionalidad frente a las leyes y demás actos normativos de rango equivalente (Constitución Política de la República Bolivariana de

21 "Art. 335: "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República." (Constitución Política de Venezuela, 1999, art. 335)

Venezuela, 1999, art. 334). Esta tesis sería reforzada por la Ley Orgánica de 2004, al destacar que no es necesario siquiera ser ciudadano para ello. Por eso, pese a que la ley señale que es necesario acreditar un interés en la acción, ha sido la misma SCTSJV la encargada de modular el contenido de la norma y señalar la ausencia de ese interés particular para actuar. Exigirlo desconocería el mandato popular de permitir que cualquier persona tenga acceso a esta acción, reivindicando el carácter político del pueblo en la defensa de la Constitución, que en últimas constituye el interés mismo al momento de impetrar la acción.

1.2.2.3.- El control de constitucionalidad en Ecuador

La CPE de 2008 designó a la CCE como máxima autoridad en materia de constitucionalidad, con competencia para declarar la inconstitucionalidad de cualquier acto normativo. Así, el constituyente de 2008 estructuró un modelo mixto de control de constitucionalidad que se fundamenta en los artículos 425, 426, 435 y 436 de la Constitución Política.

La CCE, al igual que en el caso colombiano, es un órgano externo a la estructura del poder judicial. Está conformada por nueve magistrados para un periodo de nueve años sin reelección, elegidos por una comisión calificadora en la que las ramas ejecutiva, legislativa y de transparencia y control social designan dos personas cada una para llevar a cabo la calificación. Se trata de un proceso público, con posibilidad de que el pueblo presente objeciones a los candidatos y al procedimiento mismo (Storini & Escudero, 2011, p. 5). Una vez elegidos los magistrados, la Corte se renueva por tercios.

De esta forma, el control concentrado de constitucionalidad es desarrollado por la CCE sobre cualquier acto jurídico emitido por un órgano del Estado, sin importar su naturaleza jurídica, a diferencia del caso colombiano. La CPE designa como intérprete auténtico sustituto de la Constitución a la CCE, que podrá declarar la inconstitucionalidad del acto jurídico con efectos *erga omnes*. Sin embargo, se contemplan dos medios: (1) mediante acción directa de constitucionalidad; o (2) por intermedio de la consulta de la norma, conocida como acción indirecta de constitucionalidad. Así, a diferencia de los casos colombiano y venezolano, que delegan en órganos diferentes a la CCC y a la SCTSJV el ejercicio del control de constitucionalidad sobre algunas normas, en el caso ecuatoriano es la CCE quien conoce de todas las acciones de inconstitucionalidad frente a cualquier acto administrativo (Storini & Escudero, 2011, p. 4), siendo el único órgano encargado de realizar el control concentrado de constitucionalidad. De esta forma, el sistema ecuatoriano resulta ser «extremadamente amplio y concentra, en la Corte Constitucional, el control de todos los actos normativos que pueden violar la Constitución, sin diferenciar el tipo de control en el caso de decretos, ordenanzas u actos administrativo con efectos generales» (Storini

& Escudero, 2011, p. 6). Inclusive, la CCE tendrá competencia para conocer de los dictámenes de autoridades públicas que tienen efectos *erga omnes* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Frente a las omisiones legislativas, el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite que estas sean revisadas mediante control abstracto de constitucionalidad. En tal caso, la CCE fija un plazo al órgano correspondiente para expedir la respectiva norma. Si la orden no se cumple, será el máximo tribunal el encargado de formular, en su jurisprudencia, una serie de lineamientos para garantizar el derecho constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad). Ahora bien, cuando se trate de omisiones legislativas relativas, estas serán subsanadas por la CCE mediante el condicionamiento de la norma (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, art. 130).

En el control concentrado de constitucionalidad, la CCE conoce de manera previa sobre la declaratoria de estados de excepción remitidos por la Asamblea Nacional, así como de los proyectos de estatutos autonómicos elaborados por gobiernos provinciales. De forma automática, conoce de la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales; de las consultas populares que versen sobre enmiendas y reformas a la Constitución; de las solicitudes de reforma o enmienda constitucional por parte del presidente; del acto de disolución de la Asamblea Nacional por parte del Ejecutivo; y de la aprobación, mediante consulta popular, de los estatutos autonómicos. De la misma manera, la CCE conoce de manera previa los proyectos de ley frente a los cuales el presidente de la República presente una objeción. (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 138).

Por disposición del propio texto constitucional, la CCE funge como máxima instancia para la interpretación de la Constitución, teniendo carácter vinculante sus decisiones bajo un modelo fuerte de precedente judicial que busca garantizar la coherencia dentro del sistema jurídico a partir de una interpretación unívoca de las normas constitucionales.

Ahora bien, el control difuso de constitucionalidad se da cuando se aplica lo señalado en el artículo 426 de la CPE; esto es, cuando en un procedimiento judicial se identifica la presunta inconstitucionalidad de una norma. En tal evento, el juez deberá, ya sea a petición de parte o de manera oficiosa, suspender el trámite y remitir el expediente a la CCE para que esta defina la constitucionalidad de la norma. Por ello se habla de un control incidental, dado que el artículo 428 de la CPE no autoriza al juez a inaplicar la norma para el caso concreto.

Frente al control difuso en Ecuador se presentan dos tesis: una sostiene que el juez no puede aplicar directamente la Constitución, sino que únicamente

tiene la facultad de suspender el respectivo procedimiento para que sea la CCE quien decida sobre el asunto específico (Calle, 2013, p. 13); la otra defiende la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces.

El control incidental resulta, en cualquier caso, un control constitucional *sui generis*, que podría acercarse más a un control concentrado porque, a pesar de que en un primer momento conoce cualquier juez de la República, finalmente quien resuelve el asunto de manera definitiva es la CCE. No obstante, el análisis del juez de primera instancia resulta fundamental, ya que este deberá, a partir de su interpretación, definir si existe una presunta vulneración o desconocimiento de un derecho constitucional en el caso específico. (Calle, 2013, p. 13).

Con todo, la CCE ha extendido los requisitos para la procedencia de esta acción. Así, el juez o la parte deberá identificar el enunciado normativo objeto de consulta; el derecho, garantía o regla vulnerada; los motivos y razones por los cuales se consideran vulnerados; y, finalmente, la explicación y fundamentación de la norma presuntamente vulnerada, siendo este último el nexo entre la justicia constitucional y la ordinaria (Calle, 2013, p. 14). En todo caso, el escenario incidental de consulta de la norma elimina la posibilidad de que los jueces valoren por sí mismos las disposiciones que consideran contrarias a la Constitución, lo que lleva a restringir el modelo difuso de control de constitucionalidad. (Añazco & Añazco, 2022, p. 106).

A partir de lo anterior, se ha dicho que la CCE establece un control mixto de constitucionalidad. Sin embargo, ha sido la propia CCE la que, mediante una interpretación aislada y asistemática del artículo 428, estableció que los jueces, al intentar declarar la inaplicabilidad de una norma, siempre deben solicitar autorización a la CCE, concentrando el control de constitucionalidad y eliminando el control difuso del ordenamiento jurídico. No obstante, la naturaleza del control de constitucionalidad sigue siendo una discusión jurídica aún sin zanjar por la misma jurisprudencia. (Escudero, 2021, pp. 60-62).

Ahora bien, de manera difusa, los jueces de toda la República sí tienen competencia para conocer de acciones constitucionales como la acción de protección, las medidas cautelares, el *habeas corpus*, el *habeas data* y el acceso a la información pública. Sin embargo, la CCE ejerce la revisión de estos fallos, por lo que las decisiones de este alto tribunal tienen efectos vinculantes para todos los jueces del territorio. Además, la CCE es la encargada de conocer las acciones extraordinarias de protección frente a las sentencias emitidas por los jueces ordinarios por la vulneración de los derechos constitucionales de las partes.

Asimismo, en ausencia de una ley que desarrolle los contenidos constitucionales, el juez también se encuentra obligado a dar una respuesta de fondo al caso planteado y a aplicar de manera directa la Constitución, reivindicando el

carácter normativo de la carta política y el principio de supremacía constitucional, e impidiendo, a su vez, la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico.

Respecto de la legitimación en el caso ecuatoriano, el artículo 86 de la CPE indica que el accionante no requiere un interés directo en la actuación, tratándose de un mero interés impreciso o vago. Empero, la acción de constitucionalidad en Ecuador se encuentra lejos de ser una acción popular. En tal sentido, se ha señalado que los ciudadanos y grupos colectivos en defensa de los derechos han visto restringido su acceso a la justicia constitucional para la protección de la voluntad popular plasmada en el texto, teniendo mínimas posibilidades de que la CCE tome decisiones de fondo y desarrolle el estudio de sus pretensiones, dados los requisitos argumentativos impuestos por el mismo tribunal para el ejercicio de la acción. (Escudero, 2021, pp. 65-71).

1.2.2.4.- El control de constitucionalidad en Bolivia

La CPB de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia modificó radicalmente el modelo de control de constitucionalidad vigente con anterioridad, al transitar de un esquema difuso hacia uno predominantemente concentrado en cabeza del TCPB. Este tribunal realiza control abstracto de constitucionalidad sobre las normas del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, vela por la protección de los derechos y garantías constitucionales establecidos por el poder constituyente. En esa línea, el artículo 196 de la CPB consagra el principio de primacía constitucional y la protección de los derechos constitucionales, asignando al TCPB la condición de intérprete de la Constitución, función que debe ejercer apelando en todo momento a la voluntad constituyente.

Al igual que en los modelos colombiano y ecuatoriano, la CPB de 2009 contempló un órgano ajeno a la estructura de la rama judicial del poder público para vigilar la supremacía constitucional definida por el constituyente. Esta decisión pretendió otorgar mayores niveles de independencia y atribuir una especie de naturaleza política al tribunal, aunque de él también se desprende una connotación jurisdiccional debido al carácter normativo del texto constitucional.

Resulta distintiva la forma de elección de los magistrados y magistradas del TCPB, quienes son elegidos mediante sufragio universal según el procedimiento previsto por el texto constitucional. El TCPB está compuesto por siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes, de los cuales al menos dos deben provenir del sistema indígena originario. Con esta fórmula se busca garantizar los derechos de las minorías políticas y sociales, en atención al sistema de toma de decisiones del tribunal, pues la determinación no será adoptada por simple agregación de votos, sino mediante mecanismos de deliberación colectiva. (Storini & Escudero, 2011, p. 6).

Pese a la predominancia del modelo europeo o kelseniano de control concentrado implantado en la CPB de 2009, en el sistema jurídico boliviano sigue subsistiendo el control difuso propio del *judicial review*. Ello se explica porque, aunque el TCPB declara la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales, los jueces participan en la promoción de la acción de inconstitucionalidad concreta y tienen competencia para conocer de acciones tutelares de derechos, en las cuales el TCPB interviene únicamente en grado de revisión de oficio. A su vez, de la lectura del artículo 410 de la CPB puede deducirse la existencia de un control mixto de constitucionalidad, en el que jueces y tribunales pueden inaplicar normas infraconstitucionales cuando estas sean incompatibles con el contenido constitucional, configurándose así un control de constitucionalidad por vía de excepción.

La CPB adopta la figura del TCPB, que ejerce la jurisdicción constitucional a través del control concentrado de constitucionalidad sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y toda clase de actos administrativos, teniendo la declaratoria de inconstitucionalidad efectos *erga omnes*. En cuanto a su naturaleza jurídica, puede señalarse que el constituyente de 2009 lo insertó en la estructura constitucional como un órgano independiente, aunque con funciones judiciales. En este punto, el carácter plurinacional del Estado boliviano tiene como finalidad la búsqueda de la descolonización y la reconstitución de los pueblos indígenas.

Bajo esta estructura, el sistema boliviano adopta un control normativo por vía de acción, tanto previo como *a posteriori*. De manera previa, conoce de las consultas que determinadas autoridades puedan realizar sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; de las consultas que formulen las comunidades indígena campesinas originarias sobre las normas consuetudinarias aplicables a una situación específica; de la ratificación de tratados internacionales; y de las consultas en las que se pretenda una reforma a la Constitución, siempre que sean planteadas por el presidente de la República o la Asamblea Nacional.

A posteriori, el TCPB ejerce control de constitucionalidad sobre aquellas normas que se encuentran sancionadas y promulgadas, tales como leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y cualquier clase de actos administrativos; recursos contra tributos, impuestos, patentes y contribuciones; actos administrativos del órgano legislativo; y actos reformatorios parciales de la Constitución (Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia).

Por otra parte, en el control previo de constitucionalidad, el TCPB, en su sala plena, tiene atribuciones jurisdiccionales para ejercer control de constitucionalidad sobre las cartas orgánicas y estatutos autonómicos, así como sobre las convocatorias a referendo nacional, departamental o municipal.

En cuanto al control difuso, la CPB señala una serie de acciones para la defensa y garantía de los derechos constitucionales, conocidas por los jueces y tribunales ordinarios, proponiendo un escenario de justicia constitucional no radicado exclusivamente en el TCPB. En tal sentido, la CPB indica que la acción de amparo procede frente a las acciones u omisiones de autoridades públicas o de particulares que restrinjan o supriman cualquier derecho reconocido en la Constitución o la ley, interponiéndose la acción ante cualquier operador judicial. Sin embargo, el TCPB tendrá competencia de revisión sobre este tipo de acciones, lo que reafirma su carácter de tribunal supremo en materia constitucional.

Respecto de la legitimación, puede señalarse que en el control concentrado de constitucionalidad inicialmente se acoge lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano, al consagrarse una acción de constitucionalidad de naturaleza popular que permite al pueblo boliviano demandar las normas proferidas por los poderes constituidos cuando se tenga duda sobre su constitucionalidad. Aunque la CPB, en su artículo 132, establece que cualquier persona puede interponer la acción de inconstitucionalidad, los poderes constituidos modificaron el sentido original de esta disposición. En efecto, mediante la Ley 027 de 2010 del TCPB se subvirtió la voluntad popular al limitar la legitimación por activa de la acción de constitucionalidad abstracta a algunas autoridades, desconociendo con ello la naturaleza pública de la acción por mandato de la Constitución y permitiendo la interposición por parte de los ciudadanos solo en escenarios incidentales.

En el caso boliviano se destaca, entonces, una legitimación restringida a determinadas autoridades, lo cual resulta contradictorio con la defensa objetiva del ordenamiento jurídico que debería encargarse al pueblo como único poder constituyente. En consecuencia, es el mismo poder constituido quien limita los escenarios de participación del pueblo para acoger un modelo de control de constitucionalidad propio del constitucionalismo fundacional, sustentado en un sistema de democracia representativa.

Finalmente, el control incidental debe ser promovido por un juez o tribunal, ya sea de manera oficiosa o a petición de una de las partes, ventilando la presunta inconstitucionalidad de la norma dentro de determinado trámite judicial. Se trata de una acción accesoria que no afecta el trámite del asunto principal (Rivera, 2002, p. 596). No obstante, la misma Ley 027 de 2010 limita este mecanismo popular al imponer estrictas cargas argumentativas para su procedencia, exigiendo que el juez o tribunal mencione la norma que resulta inconstitucional, la norma constitucional violada y una explicación suficiente del porqué de la vulneración.

1.2.3.- Recapitulación

De las variables analizadas, puede definirse que el órgano constitucional con más competencias asignadas es la CCE, que concentra en mayor medida el control de constitucionalidad, ya sea de manera concentrada o difusa. En contraste, ordenamientos jurídicos como el colombiano y el venezolano resultan más complejos por la desconcentración de los controles de constitucionalidad en diferentes órganos judiciales, además de un mayor grado de autonomía de los jueces y tribunales para inaplicar las normas infraconstitucionales cuando estas sean contrarias a la Constitución Política.

Ahora bien, en los casos del control de constitucionalidad difuso por vía de acción de amparo o tutela, todos los órganos constitucionales tienen la facultad de revisar las sentencias emitidas por los tribunales ordinarios. Esta competencia destaca su labor como máximos intérpretes constitucionales, en quienes reside la función de intérpretes auténticos de la Constitución.

Como elemento común del control de constitucionalidad en el NCL se encuentra la naturaleza misma de las acciones constitucionales, en tanto mecanismos de carácter popular mediante los cuales el ciudadano está legitimado para impetrar la garantía de la supremacía constitucional, tanto en escenarios abstractos como concretos. De allí que se entregue al pueblo, en primera medida, la defensa de la Constitución, convirtiéndolo en verdadero actor político en la protección de la carta política y en el control a los poderes públicos. Bajo esta perspectiva, el ciudadano puede buscar el respeto de los contenidos constitucionales incluso sin tener interés directo en el asunto, entendiendo que no solo el órgano constitucional es guardián de la Constitución, sino también el pueblo, quien, en últimas, como voluntad constituyente, debe proteger su creación mediante un amplio abanico de mecanismos de protección constitucional.

1.2.4.- Limitación a la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia: desarticulando el carácter democrático del control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

En Colombia se ha desarrollado una serie de parámetros jurisprudenciales para impetrar la acción pública de inconstitucionalidad, lo cual ha generado una mutación de la Constitución, ha limitado los escenarios democráticos participativos y ha desconocido el propio texto constitucional. En ese sentido, en la Sentencia C-1052 de 2001, la CCC estableció como requisitos adicionales a los señalados en el Decreto 2067 de 1991 que el demandante funde su demanda de inconstitucionalidad en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Frente a estos requisitos, se ha destacado lo siguiente:

(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes; esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-688 de 2017)

Desde esta perspectiva, la limitación de la acción pública de inconstitucionalidad ha devenido en una medida desproporcionada frente a los derechos participativos y políticos de los ciudadanos, quienes, como poder soberano, deben tener la posibilidad de salvaguardar su voluntad mediante los mecanismos establecidos en la Constitución. Por ello, resulta ilegítimo el cambio constitucional realizado por la CCC cuando desconoce el carácter popular de la Constitución de 1991 y sus mecanismos de defensa. Al respecto, Mendieta (2015) señala:

> El establecimiento de unos exigentes requisitos de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad, es menor a la vulneración realizada al ciudadano al limitarle sus derechos de acción, supremacía efectiva de la Constitución y participación ciudadana; por lo tanto, dichos límites son ilegítimos, debe entonces la corte constitucional flexibilizar el proceso de admisión y decisión de fondo de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos, para no imponerles una excesiva carga argumentativa, que no hace otra cosa que alejar al ciudadano de la acción de inconstitucionalidad o como derecho político fundamental, mecanismo de protección de un derecho fundamental y mecanismo de participación ciudadana. (p. 78)

Exigirle al ciudadano que cumpla una serie de requisitos no fijados por la Constitución ni por el Decreto 2067 de 1991, con el propósito de que la Corte Constitucional pueda contar con suficientes elementos para fallar de fondo y no inhibirse, resulta completamente desproporcionado, pues sacrifica principios y derechos de los ciudadanos como el derecho de acción, el acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva y la supremacía efectiva de la Constitución.

Así, las fuertes cargas argumentativas que exige la CCC para conocer de la acción pública de inconstitucionalidad hacen que esta pierda su naturaleza pública y se convierta en una acción especializada, reservada a quienes ostentan

conocimientos jurídicos expertos. Esta transformación limita el acceso de los ciudadanos a la acción y, con ello, genera una ilegítima ampliación de poder en los órganos constituidos. En primer lugar, en la CCC, por razón del cambio constitucional que representa el establecimiento de una serie de requisitos que desnaturalizan la acción pública de constitucionalidad y limitan al pueblo como poder político encargado de garantizar la supremacía de la Constitución. En segundo lugar, en el poder legislativo, en cuanto protege y legitima sus actuaciones, ampliando sus márgenes de acción e impidiendo que sus normas sean demandadas por el pueblo.

De allí que, pese a que se hable sobre la ampliación de la justicia constitucional a partir de la legitimación por activa en escenarios jurisdiccionales, dicha ampliación haya sido desconocida por los poderes constituidos, situación que deslegitima su actuar.

En suma, podría decirse que el derecho fundamental de los ciudadanos a acudir a la jurisdicción constitucional es un derecho absoluto en defensa de la supremacía constitucional, que se desprende del principio de soberanía popular. Por ello, solo podría ser limitado por la misma Constitución, siendo incompatible cualquier limitación legal o jurisprudencial. (Brewer-Carías, 2008, p. 18).

A pesar de que autores como Roa (2009) señalen la necesidad de establecer filtros para el estudio de las acciones públicas de inconstitucionalidad, con el fin de evitar su uso temerario y abusivo, dichas limitaciones terminan reduciendo el control del poder constituyente a su mínima expresión y acentuando su falta de legitimidad en razón de su creación jurisprudencial.

1.3.- La búsqueda de la independencia del órgano de control concentrado de constitucionalidad como mecanismo de legitimidad democrática

Como se mencionó con anterioridad, las constituciones del NCL, en su diseño institucional, optaron por crear órganos especializados para la defensa, garantía y supremacía de la Constitución. Para ello, separaron estos órganos de los poderes políticos e, incluso, en algunos casos, crearon órganos *ad hoc* por fuera de la estructura judicial. Así, las constituciones del NCL han tenido como referente nuclear el modelo europeo de control de constitucionalidad, que hizo necesaria la creación de cortes o tribunales constitucionales con atribuciones de índole contencioso-constitucional, superando las estructuras tradicionales de posguerra (Navas, 2013, pp. 186-187). Sin duda, el NCL, en su dimensión participativa, integra elementos de democratización de las estructuras institucionales contempladas en la parte orgánica de la Constitución, como se verá en el caso de la selección de los jueces de sus tribunales constitucionales. (Pazmiño, 2009, p. 29).

La independencia judicial termina por ser un fundamento ideológico del principio democrático y de la separación de poderes. Con ella se busca separar

al poder judicial de las otras ramas del poder público, de acuerdo con la idea de los padres fundadores del constitucionalismo democrático, para permitir un equilibrio de pesos y contrapesos dentro de la estructura del Estado e impedir la concentración del poder en un solo órgano constituido (Lousada & Ron, 2015, p. 11). Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la independencia judicial adquirió un papel especialmente relevante para la defensa de la Constitución y en el plano del derecho internacional (Lousada & Ron, 2015, pp. 34-35). Desde entonces se defendió la necesidad de crear órganos judiciales que pudieran anular las normas proferidas por las mayorías representativas, otorgando un especial protagonismo al poder judicial, ya no como la simple boca de la ley de la que hablaba Montesquieu, sino como legislador negativo en aras de defender la norma constitucional.

En esa medida, la independencia judicial asegura el ejercicio de una Constitución capaz de limitar a los demás poderes públicos, permitir la garantía de la supremacía constitucional y evitar que los poderes constituidos usurpen la voluntad soberana del pueblo.[22] Así, en el NCL, cuyo sustento ontológico es la revalidación del pueblo como poder constituyente, se toma como elemento para asegurar la continuidad de la soberanía en manos del pueblo la creación de estructuras institucionales que permitan a los jueces gozar de amplios márgenes de autonomía.

La creación de estos órganos para el ejercicio del control de constitucionalidad obedeció al intento de garantizar la independencia de estas corporaciones frente a los poderes públicos, cuya influencia podría afectar el sentido de sus decisiones. Esto implica que los jueces constitucionales únicamente se encuentren sometidos a las normas constitucionales y que, además, actúen libres de cualquier interferencia de las otras ramas del poder público.

En este sentido, las constituciones del NCL buscaron la independencia judicial de los órganos constitucionales desde dos perspectivas. La primera es interna,[23] en cuanto sus decisiones no deben verse compelidas por ninguna influencia proveniente de la propia estructura judicial (Malem & Seleme, 2013,

22 Al respecto resulta interesante lo dicho por HAMILTON, MADISON Y JAY (s.f.) sobre la relación que tiene el principio de soberanía popular y la independencia judicial: "Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son". (p. 296)

23 En este punto se han destacado como elementos a tener en cuenta "(1) Insularidad de los jueces frente a otros poderes, en especial el ejecutivo, y ante la sociedad. (2) Neutralidad

p. 284). Este es el caso del NCL, cuyos modelos se caracterizan, en su mayoría, por contar con un órgano exclusivamente dedicado al ejercicio del control de constitucionalidad, así como por cierta estabilidad en el ejercicio de sus cargos. La segunda es externa, relacionada con las condiciones de elección, permanencia, aforamiento, incompatibilidades y demás mecanismos orientados a evitar interferencias indebidas.

Además de ello, se han explorado elementos que permiten garantizar la independencia judicial, tales como la igualdad y el mérito al momento de la elección de los jueces, un sistema de aforamiento, las incompatibilidades con otras actividades económicas y profesionales, entre otros (Lousada & Ron, 2015, p. 284). No puede olvidarse que en *El Federalista* n.º 49 se destaca que la independencia de los jueces se da «por la manera como son nombrados, así como por la naturaleza y duración de su destino» (Hamilton, Madison & Jay, s. f., p. 198). Obsérvese que la elección política de los jueces conlleva, por una parte, el riesgo de que las autoridades encargadas de su escogencia prefieran a quienes resulten más proclives a defender sus ideales o posiciones por afinidad política; y, por otra, la posibilidad de un juego de intereses en el que los jueces se vean compelidos a tomar decisiones favorables a las clases políticas con el fin de ser promovidos a otras dignidades estatales (Mateos, 2021, p. 438).

Desde un punto de vista externo, se ha preceptuado que el nombramiento de jueces debe obedecer únicamente a aspectos objetivos que permitan determinar la idoneidad del postulante al cargo, evitando cualquier influencia política en la designación de la vacante (Malem & Seleme, 2013, p. 284). Por ello, el mecanismo de selección de los jueces que ejercen el control de constitucionalidad en el NCL resulta de especial importancia para determinar su independencia judicial y la medida en que esta puede afectar la forma en que se interpreta la Constitución, incluso respecto del sentido propuesto por el constituyente.

Así, la independencia judicial externa puede abordarse desde dos aspectos: (1) la prohibición de injerencia de otros poderes en las decisiones de los jueces; y (2) la exigencia de que el juez no tenga una ideología que afecte su neutralidad al momento de decidir. Esta neutralidad debe entenderse como la aplicación de la norma conforme a los valores constitucionales señalados por el constituyente. (Lousada & Ron, 2015, p. 47).

En el ámbito internacional también se han emitido conceptos y propuestas orientados a fortalecer la independencia de la justicia respecto de los demás poderes públicos, buscando que sean nominados los candidatos más idóneos para

ideológica de los jueces, tendentes a eliminar las influencias difusas del entorno del juez en sus decisiones", en LOUSADA, J y RON, R. (2015, p. 38).

ocupar estos cargos judiciales mediante procedimientos objetivos basados en el mérito (Organización de Naciones Unidas, Informe A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009). Asimismo, en el panorama continental, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha proferido principios, criterios y recomendaciones para la elección de jueces, entre ellos: la igualdad de condiciones en los procesos de selección; la eliminación de cualquier tipo de discriminación; la selección basada en el mérito de quienes participan en dichos procesos; la publicidad del proceso de selección; la duración del periodo en el cargo, favoreciendo la independencia cuando el periodo es más largo; la no injerencia de órganos políticos en la elección; y la adopción de criterios previamente conocidos de reparto de acciones judiciales, a fin de evitar manipulaciones.

Cordero (2010, p. 104 y ss.) ha señalado dos aspectos de especial trascendencia para dotar de mayores márgenes democráticos la elección de altos jueces del Estado. En primer lugar, la adopción de sistemas de mérito que permitan ampliar las oportunidades para ocupar cargos en la administración de justicia a personas que no provienen de élites económicas y sociales, situación contraria al sistema actual de elección escogido por el constituyente. En segundo lugar, la necesidad de que la ciudadanía ejerza control social sobre el mecanismo de elección, pudiendo vetar candidatos o someterlos al debate público mediante audiencias públicas.

Ahora bien, la selección de jueces de las altas cortes —entre ellos, los tribunales constitucionales— no puede equipararse a la selección de los demás jueces. Entre las principales razones se encuentran la importancia de los temas que se debaten y resuelven en el seno de estas corporaciones, su carácter de órganos de cierre de la jurisdicción y el aparente e irrenunciable carácter político de la judicatura constitucional. (Pásara, 2012, p. 7).

Conforme a lo expuesto, el diseño institucional será de vital importancia para la garantía y supremacía de la Constitución como pieza que plasma la voluntad constituyente. Por ello, una Constitución con mejores diseños institucionales, que permita un mayor nivel de independencia de los jueces que realizan el control de constitucionalidad, será una carta política más apta para impedir que los poderes constituidos usurpen la soberanía popular y modifiquen, vía interpretación constitucional, los preceptos dispuestos por el pueblo.[24] En esa línea, Taruffo (2005, p. 11) ha señalado que la forma de elección de los jueces

[24] Sobre esto último señalan MALEM Y SELEME (2013): "La gravedad de esta patología se magnifica cuando el afectado es el poder judicial dado su carácter de ultimo garante de los derechos individuales. Una república cuyos jueces malean el derecho para adaptarlo servilmente a los intereses de los poderosos mientras son inflexibles en la aplicación de la ley a los débiles no es más que una patética parodia". (p. 295)

termina por ser una condición necesaria para evaluar su independencia, ya que puede afectar su nivel de independencia externa (Taruffo, 2005, pp. 11 y ss.). Ahora bien, los sistemas judiciales a nivel mundial podrían dividirse predominantemente en dos modelos: (1) uno jerarquizado, en el cual los magistrados son elegidos a través de concurso de méritos y acreditación de requisitos mínimos de idoneidad, sin interacción directa de los demás poderes políticos en la designación; y (2) modelos de naturaleza democrática, en los que se busca escoger un juez técnico y aséptico frente a los hechos sociales, aunque con interferencia de diferentes sectores políticos para su elección. (Miranda, 2011, pp. 161-162).

Asimismo, el derecho comparado muestra que alrededor del mundo se han empleado diferentes técnicas de selección para los jueces de altas corporaciones judiciales, optando por modelos simples y complejos.

Los modelos simples se caracterizan porque un solo órgano del Estado interviene en el proceso de elección. En cambio, se habla de sistemas complejos cuando intervienen dos o más órganos del Estado. Así las cosas, en los modelos simples el nombramiento de jueces o magistrados de altas cortes puede darse por elección popular, por el poder ejecutivo, por el poder legislativo, por cooptación de los propios miembros de la corporación o por el mismo poder judicial (Miranda, 2011, p. 163). De igual forma, puede señalarse que en un mismo sistema pueden coexistir diversos mecanismos de elección de jueces.

En este sentido, en los procesos de selección de jueces se han presentado dos dificultades conexas: la baja calidad de quienes son designados para el desempeño de la labor judicial y la politización de la designación, debido a la participación que en muchas ocasiones tienen estos tribunales en el diseño y puesta en marcha de políticas públicas (Pásara, 2012, p. 7). Esta situación ha ocasionado que la designación de los miembros de los altos tribunales de justicia constitucional obedezca, en muchos casos, a una lógica propia de las élites económicas, sociales y políticas, restringiendo el acceso a estos cargos a sectores más populares, pero eventualmente mejor preparados (Pásara, 2012, p. 8).

Por ello, las condiciones de acceso para este tipo de cargos resultan de vital importancia. Montoya (2013, p. 186) ha señalado que, al no existir criterios definidos para la elección de magistrados por el Senado de la República, influyen factores de carácter subjetivo como la edad, la religión, la ideología e incluso la región. Así, para ser elegido resulta importante contar, antes de la elección, con un amplio respaldo político a través del lobby y el padrinazgo político. No obstante, se ha dicho que la participación de la rama legislativa del poder público y del presidente de la República en la elección de los magistrados de los tribunales constitucionales, en vez de disminuir la independencia de los jueces, tiende a dotar de mayor legitimidad la elección, en cuanto entre más órganos y

personas participen en el proceso, menor será el riesgo de control político por un solo poder público. Lo anterior, sin olvidar que la conformación de estos tribunales tiene una especial incidencia política.

Serra (2023, p. 174) ha indicado que se encuentra comprobado que las tendencias ideológicas influyen al momento de la elección de los jueces, entendiendo que los presidentes se han visto compelidos a nombrar personas afines a su propia ideología para que, en aquellos casos en los que se requiera interpretación para descifrar el contenido de una norma, el juez opte por una respuesta cercana a la que emitiría el Gobierno.

Cabe destacar que la interferencia de los poderes públicos en la elección de los jueces de las máximas instancias judiciales ha implicado una estricta politización de la justicia, al ser nombradas personas afines a los intereses de los órganos nominadores. Así ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, donde se ha acuñado la figura de *judicial packing* como el esfuerzo del partido del presidente por tener una mayoría de jueces afines a su ideología partidista. Se destaca, además, que los jueces de la Corte Suprema de Justicia, sean de una u otra afinidad, mayoritariamente pertenecen a una élite económica o social (Serra, 2011, p. 55). En consecuencia, ante posibles escenarios de permeabilidad de la política en la justicia, se ha pretendido defender o buscar un manto de legitimidad de los tribunales constitucionales en las decisiones que estos toman,[25] alejándose de aquellas críticas atadas a factores estructurales y orgánicos de la ingeniería constitucional. Resulta evidente que los poderes políticos han intentado hacerse con las mayorías dentro de los tribunales constitucionales y, con ello, eliminar cualquier tipo de contrapeso que pudiese provenir del poder judicial. (Gargarella, 2011, pp. 249-250).

Ibáñez (2012) ha señalado que los jueces, por su especial función cognoscitiva, deben tener cualidad de neutralidad y encontrarse alejados de la política, dada su especial sujeción al ordenamiento jurídico y su dimensión de contrapoder:

No porque el juez encarne alguna suerte de contrapeso político en sentido fuerte, sino porque tiene encomendada la tutela de particulares en momentos de autonomía frente a toda clase de legítimas injerencias, en particular las procedentes de quienes, por ostentar alguna forma de poder, se encuentran en

25 Por ejemplo, FERRAJOLI (2007) señala: "al contrario, se ha añadido, el poder judicial y de las funciones de garantía, al estar sujeto su ejercicio a vínculos sustanciales, obtienen su legitimación únicamente de su exclusiva sujeción a la Ley. (…) En suma, el poder judicial es un poder-saber: tanto más legítimo cuanto mayor es el saber y tanto más ilegitimo cuanto mayor es el poder". (pp. 208-210)

posiciones de superioridad, que son las que objetivamente predisponen el abuso. (Ibáñez, 2012, p. 49)

Gargarella (2011, pp. 249-250) señala que la elección de los jueces de los tribunales constitucionales por parte de órganos políticos o del pueblo termina afectando la independencia judicial. En el primero de los casos, porque el nombramiento de estos cargos se realiza sin la idoneidad suficiente y con adquisición de compromisos políticos; en el segundo, porque cuando la decisión depende del pueblo se desconoce el carácter contramayoritario que implica la justicia constitucional, de modo que debe generarse una separación entre el pueblo y la justicia.

No puede perderse de vista que uno de los argumentos de la objeción democrática a la justicia constitucional es el carácter ideológico de las decisiones de los jueces, acompañado de formas y procedimientos de elección politizados. Por ello, resulta de suma importancia estudiar las formas y métodos de elección de jueces constitucionales, dada su estrecha relación con los derechos constitucionales y con los niveles de independencia y autonomía judicial. Al respecto, Noguera (2010) señala:

Estas formas de nombramiento o selección de los jueces constitucionales no son más que una respuesta institucional al hecho de que las cortes constitucionales juegan un rol crucial en una tarea política fundamental: sus decisiones no sólo tendrán fuertes consecuencias para el desarrollo de las normas constitucionales, sino también para las posibilidades de acción y los límites de los órganos políticos estatales en el desarrollo de sus políticas. Parece lógico, de acuerdo con estos criterios de nombramiento, que exista mayoritariamente una evidente falta de independencia política de las cortes. (Noguera, 2010, p. 40)

En este sentido, una crítica primigenia propuesta por la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad centra su atención en la ausencia de mecanismos democráticos para la elección de los jueces, la duración de sus periodos, las amplias y vigorosas facultades frente a otros poderes públicos que sí cuentan con legitimidad democrática y la función judicial como obstáculo al debate democrático. (Noguera, 2011, pp. 8-9).

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

De cualquier manera, la introducción de mecanismos de selección de jueces por parte de otros poderes públicos denota la naturaleza jurídico-política de los tribunales constitucionales para el ejercicio del control de constitucionalidad, así como una cuestionada función política y no judicial en sentido estricto. Por

esto, el proceso mismo de selección de esta clase de servidores públicos debe ser diseñado para exteriorizar sus posiciones políticas dentro del pluralismo político que implica un Estado constitucional. Ello denota, además, que la ideología de los jueces tiene una clara relación con las decisiones que toman (Thea, 2014, pp. 316 y ss.), lo que, a nuestro juicio, termina jugando en detrimento de la soberanía popular plasmada en el texto constitucional. No puede perderse de vista el manto de duda que recae sobre los jueces y la forma en que interpretan la Constitución, impregnando incluso su ideología en la labor hermenéutica (Escobar, 2016, p. 276). Esto conlleva que tomen elementos subjetivos como fundamentos de la decisión judicial, razón por la cual se intenta limitar o amplificar dicha discrecionalidad desde la misma forma de elección.

Es menester señalar que algunos estudios han demostrado, por ejemplo, que cuando el presidente de la República designa directa o indirectamente a algunos magistrados del tribunal constitucional, estos tienden a mostrar una orientación ideológica más cercana al Gobierno que aquellos que no han sido designados por este. Esta situación pone en entredicho el sistema de pesos y contrapesos, pues corresponde a la rama judicial del poder público limitar a los demás poderes constituidos con el fin de garantizar la supremacía constitucional. (Cano, 2021, p. 22).

Sobre la elección de los jueces de los altos tribunales se ha detectado que los mecanismos actuales presentan falencias desde cuatro aristas especialmente problemáticas: (1) la autonomía del órgano que realiza el proceso de selección; (2) la falta de procedimientos claros para la selección de los jueces y su método de evaluación; (3) la ausencia de requisitos objetivos para proveer el cargo; y (4) la falta de transparencia en el proceso, debido a la mínima participación del pueblo en el trámite. (Postema, 2012, p. 3).

Planteada la posibilidad de que los jueces se vean influenciados por su ideología al momento de decidir, se genera una brecha interpretativa entre lo que dice la Constitución y lo que los jueces dicen que dice la Constitución. En ese marco, frente a la objeción contramayoritaria al ejercicio del control de constitucionalidad, la estructura institucional de integración de los tribunales constitucionales cobra mayor importancia.

Así, las estructuras de elección de los miembros de los tribunales constitucionales buscan que la supremacía constitucional no termine convirtiéndose en supremacía judicial y que el poder judicial no se constituya en poder soberano. De allí que sean otros poderes del Estado los encargados de determinar la com-

posición de estos órganos, intentando legitimar de manera indirecta el control de constitucionalidad que ejercen.[26]

Vista la importancia de las formas y mecanismos de elección de los jueces, en el NCL se presentan diversos sistemas de elección de jueces de los tribunales constitucionales. Los casos ecuatoriano y boliviano son los más innovadores por la cercanía temporal de la expedición de sus constituciones, en tanto incorporan elementos que permiten mayores niveles de participación del pueblo y, en consecuencia, buscan asegurar su legitimidad democrática. (Noguera, 2011, pp. 22-23).

Así las cosas, de los múltiples criterios para determinar la independencia de los jueces,[27] se revisarán los siguientes: (i) la independencia judicial externa frente a otros poderes, teniendo en cuenta los requisitos de acceso al cargo, su periodo y su aforamiento; (ii) la neutralidad ideológica, así como las prohibiciones de pertenecer a organizaciones políticas; y (iii) la intromisión de otros órganos del Estado en la elección.

1.3.1.- Colombia: un caso de transición entre modelos

El modelo colombiano, a lo largo de su historia, ha adoptado múltiples formas de elección de sus altos jueces, en correspondencia con los sistemas de control

26 THEA (2014) menciona sobre la necesidad de que los órganos del Estados se involucren en la elección de los miembros de los tribunales constitucionales: "En conclusión, el análisis comparado de los sistemas de control de constitucionalidad norteamericano y continental-europeo, y sus respectivos mecanismos de selección y nombramiento de "jueces constitucionales", muestra la continuidad que existe entre el poder del control de constitucionalidad, por un lado, y el carácter político de las designaciones de los jueces encargados de tan delicada tarea jurídico-política. Esta relación que existe entre control de constitucionalidad y designaciones con fuerte impronta política es, con sus ventajas y desventajas, reflejo del sistema de pesos y contrapesos; y le otorga a los tribunales cierta legitimidad política para intervenir en los conflictos políticos que le son sometidos, en función del rol político que inevitablemente juegan cada vez que ejercen el control de constitucionalidad." (p. 346.)

27 LOUSADA Y RON, (2015) mencionan: "Tal análisis lo sistematizaremos a partir de una clasificación de elaboración propia acerca de los aspectos del significado de la independencia judicial tomando en consideración, con determinados añadidos los criterios más usuales manejados por la doctrina científica: (I) Independencia judicial de los jueces individualmente considerados: (A) Independencia judicial externa: (1) Insularidad de los jueces frente a los otros poderes, en especial el ejecutivo, y ante la sociedad. (2) Neutralidad ideológica de los jueces, tendente a eliminar las influencias difusas del entorno del juez en sus decisiones. (B) Independencia judicial interna o autonomía individual de los jueces frente a otros jueces. (C) independencia económica y derechos profesionales y fundamentales de los jueces. (II) Independencia judicial institucional de la magistratura, que se garantiza a través de la no intromisión de los Poderes legislativo y ejecutivo en el poder judicial." (p. 38)

de constitucionalidad vigentes en cada época. Vale recordar que, en un inicio, Colombia, Venezuela y Ecuador conformaron una sola nación denominada la Gran Colombia, cuyo texto normativo fundamental fue la Constitución de Cúcuta de 1821. Por ello, es posible establecer como primer antecedente común a estos tres países una elección compleja de los magistrados de la Alta Corte de Justicia, en la cual el poder político tenía una influencia significativa en su designación. Además, puede identificarse allí un rudimentario ejercicio de control de constitucionalidad.[28]

Así las cosas, la Alta Corte de Justicia se encontraba conformada por cinco miembros y contaba con requisitos exiguos para su integración. El presidente de la República formulaba una lista triple a la Cámara de Representantes, esta seleccionaba una lista doble y, finalmente, la remitía al Senado de la República, donde se realizaba la elección (Constitución de la Gran Colombia, 1821, art. 140). Se destaca, además, la existencia de un sistema de aforamiento en el que los ministros de la Alta Corte debían ser acusados por la Cámara de Representantes y juzgados por el Senado. Finalmente, se preveía una duración vitalicia del cargo, siempre que no se configurara una conducta contraria a sus deberes o la comisión de delitos graves (Constitución de la Gran Colombia, 1821, art. 89).

De lo anterior puede evidenciarse una clara dependencia de la justicia respecto de los poderes políticos, en tanto la Cámara de Representantes podía remover a uno de estos jueces por la falta a un deber propio de sus funciones.

Luego de la separación de Venezuela y Ecuador de la Gran Colombia, resulta importante mencionar como antecedente la forma de elección y nombramiento prevista en la Constitución de 1853. En ella se contemplaba un sistema democrático de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en el cual el pueblo los elegía de manera directa para periodos de cuatro años (Constitución Política de Colombia, 1853, art. 13). Asimismo, se señalaba que los magistrados de los tribunales superiores también serían elegidos directamente por el pueblo (Constitución Política de Colombia, 1853, art. 44).

La Constitución de 1853 dispuso un sistema de aforamiento para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siendo el Senado de la República el órgano competente para conocer de las causas en las que se ventilara algún tipo de responsabilidad en su contra. También se preveía la prohibición de removerlos del cargo hasta tanto no se declarara responsabilidad penal o disciplinaria (Cons-

[28] La Constitución de la Gran Colombia de 1821 consagraba el principio de supremacía constitucional destacándose en su artículo 188: "Artículo 188.- Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso.

titución Política de Colombia, 1853, art. 70). No obstante, es necesario advertir que, para la época, el control ejercido por la Suprema Corte de la Nación era débil y solo estudiaba la constitucionalidad de normas de naturaleza infralegal (Constitución Política de Colombia, 1853, art. 42).

Posteriormente, la Constitución de 1863 adoptó un modelo de Estado federal, lo cual implicó entregar mayor participación a los gobiernos federales y alteró el sistema de elección de los magistrados de la Corte Suprema Federal. El alto tribunal se encontraba conformado por cinco magistrados (Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863, art. 70), elegidos para periodos de cuatro años (Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863, art. 80), mediante un sistema complejo de elección. En dicho sistema, cada legislatura estatal remitía al Congreso un número de candidatos igual al de cargos por proveer, siendo elegidos los cinco aspirantes con mayor votación (Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863, art. 76). Además, se establecía como restricción que no podía haber más de un magistrado por Estado (Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863, art. 70). Al igual que en las constituciones precedentes, la de 1863 adoptó un sistema de aforamiento en el que los magistrados de la Corte Suprema eran juzgados por el Senado a partir de acusación formulada por la Cámara de Representantes.

Respecto del control de constitucionalidad, la Constitución de 1863 acogió un sistema débil y residual en cabeza del Senado respecto de las normas proferidas por los estados de la Federación, previa suspensión y remisión por parte de la Corte Suprema (Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863, arts. 14, 31 y 51). Se destaca, entonces, un mayor protagonismo del poder legislativo en la defensa de la Constitución. Sin embargo, no se trataba de una verdadera Constitución en sentido material, sino de un sistema con fuerte predominio de la ley.

Con posterioridad, y como antecedente más cercano a la Constitución Política de 1991 como pieza inicial del NCL, los poderes económicos, políticos y sociales implantaron un Estado de derecho de carácter legalista bajo la Constitución de 1886, que nuevamente modificó la forma de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución de 1886 adoptó el modelo norteamericano de elección de los jueces de la Corte Suprema, concentrando y reservando el poder de elección de los magistrados de esta alta corte en cabeza del presidente de la República (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 119), con un control reducido por parte del Senado, que aprobaba o desaprobaba su nombramiento (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 98).

Así, la Corte Suprema de Justicia estuvo conformada por siete magistrados para un periodo vitalicio (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 146), lo cual pretendía otorgar mayor estabilidad en el cargo y aumentar su nivel de independencia. Nuevamente se reiteraron requisitos exiguos para ser elegido miembro de la corporación (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 150), junto con un régimen de inhabilidades precario. También se estableció un sistema de aforamiento en el que los magistrados de esta alta corte solo podían ser juzgados por el Senado de la República, previa acusación ante la Cámara de Representantes (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 102), pudiendo ser removidos mediante sentencia. Finalmente, a diferencia de las constituciones anteriores, se intensificó levemente el ejercicio del control de constitucionalidad (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 151), aunque sin llegar a ser un control verdaderamente robusto.[29] Se reiteraba, por tanto, el carácter legalista del texto constitucional y la predominancia de la ley sobre la Constitución, reafirmando el modelo de democracia representativa y soberanía nacional, que hacía legítimas y soberanas las actuaciones de los poderes públicos. Como novedad, también se preceptuó que los salarios de los magistrados de esta corporación no podrían ser desmejorados, en aras de no afectar el servicio de administración de justicia (Constitución Política de Colombia, 1886, art. 160).

Con la asunción de la Constitución de 1991, entendida como Constitución que revalida la idea de legitimidad democrática, se transformó el modelo de Estado de derecho en un Estado social de derecho, la soberanía nacional en soberanía popular, se estableció un amplio catálogo de derechos constitucionales, se dotó al ordenamiento jurídico del principio de supremacía constitucional y se constituyeron diversos mecanismos de control de constitucionalidad. Todo ello generó también una transformación en la estructura del Estado, que pasó

29 No obstante, la jurisdicción constitucional fue avanzando con la expedición de la Ley 2 de 1904 estableciendo un control de constitucionalidad sobre los decretos de Estado de sitio; la expedición del acto legislativo No. 3 de 1910 estableciendo la aplicación preferente de la Constitución en cabeza de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las objeciones del Presidente de la Republica a los actos legislativos expedidos por el Congreso y las demandas de constitucionalidad de la ciudadanía frente a la leyes y decretos; el Acto legislativo 1 de 1945 señalo la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de inconstitucionalidad frente a los Decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno; el Acto legislativo 1 de 1960 faculto al Congreso para que se presentara ante la Corte Suprema de Justicia los Decretos de Estado de sitio y decidiera su constitucionalidad; El acto legislativo creo la sala Constitucional integradas por expertos de derecho público para que dieran su concepto a la sala plena frente a las acciones de inconstitucionalidad; mediante acto legislativo 1 de 1979 se otorgó la facultad a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad frente a los actos legislativos por vicios de forma.

del clásico sistema monocrático, en el cual un alto tribunal repartía las diferentes especialidades en sus salas —incluida la constitucional—, a la creación de un órgano con competencias concentradas para el conocimiento de acciones constitucionales, relegando a la Corte Suprema de Justicia al conocimiento de las acciones ordinarias.

En ese contexto, la creación de la Corte Constitucional y su separación de la Corte Suprema de Justicia tuvo como principales fundamentos la necesidad de conformar un órgano integrado por verdaderos especialistas en derecho público, que permitiera dotar a la Constitución de fuerza vinculante efectiva, apelando a una teoría constitucional coherente y uniforme para determinar el alcance de los derechos y libertades públicas, así como para controlar los actos del Ejecutivo y del Legislativo (Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Cuarta, ponencia del 8 de abril de 1991, pp. 11-12).

A pesar de que en el seno constituyente se buscó que la elección de los magistrados de la CCC tuviera como criterio exclusivo el mérito, con el fin de otorgarles un carácter eminentemente judicial, la ponencia vencedora les atribuyó una función mixta, es decir, de naturaleza judicial y política. De allí que el mecanismo de elección de los magistrados buscara generar mayor independencia respecto de lo previsto en la Constitución de 1886, sin desconocer el carácter político de los asuntos constitucionales (Asamblea Nacional Constituyente, Secretaría General, ponencia del 27 de mayo de 1991, p. 14).

En cualquier caso, el constituyente delegó en el Congreso de la República la determinación del número de magistrados de la Corte Constitucional. Así, en el andamiaje estructural de la CCC, esta se encuentra conformada por nueve magistrados para periodos personales de ocho años sin reelección, nombrados por el Senado de la República a partir de tres ternas enviadas por el presidente de la República, tres ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia y tres ternas enviadas por el Consejo de Estado.

En este mismo sentido, conviene poner de relieve que con la expedición de la Ley 581 de 2000 se promovió el acceso y la participación de las mujeres en todos los órganos del Estado. Por ello, a partir de ese momento se consagró una participación mínima del treinta por ciento de mujeres en cargos de máximo nivel decisorio, incluida la CCC (Congreso de la República de Colombia, Ley 581 de 2000, art. 4).

Frente a los requisitos generales para ocupar el cargo de magistrado de la CCC, el constituyente previó exigencias que no permiten verificar de manera clara la idoneidad de los postulantes ni su conocimiento especializado en derecho constitucional, contrariando la finalidad misma de creación de este máximo tribunal. Inicialmente, se establecieron como requisitos: ser colombiano de naci-

miento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; y no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 232). Posteriormente, mediante reforma constitucional impulsada por el Congreso, se estableció como requisito haber ejercido con buen crédito durante quince años la profesión o la cátedra universitaria, pero sin exigir un área específica de experiencia (Acto Legislativo 02 de 2015, art. 12). Esto contradice la finalidad del constituyente de crear un tribunal compuesto por personas especializadas en el ámbito del derecho público.

Frente al régimen sancionatorio, el constituyente de 1991 continuó con el aforamiento de los magistrados de altas cortes (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 174), asignando al Senado de la República el juzgamiento de estos funcionarios, previa acusación de la Cámara de Representantes (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 178).

Respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el constituyente previó que no podrían ser magistrados quienes durante el año anterior a su elección hubiesen desempeñado los cargos de ministro del despacho, magistrado de la Corte Suprema de Justicia o magistrado del Consejo de Estado (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 240). Estas limitaciones resultan lógicas dada la naturaleza nominadora del Gobierno central y de estas dos altas cortes; sin embargo, son mínimas, pues dejan abierta la posibilidad de que los postulantes sean miembros activos de partidos políticos y permiten la configuración de la llamada «puerta giratoria», que termina por politizar en exceso la elección y fomentar prácticas de corrupción al momento del nombramiento.

1.3.2.- Venezuela: un tímido intento en el proceso constituyente venezolano

El constituyente venezolano optó por la creación de un poder judicial monocrático en cabeza del Tribunal Supremo de Justicia, conformado por siete salas: la Sala Plena, la Sala Constitucional, la Sala Político-Administrativa, la Sala Electoral, la Sala de Casación Civil, la Sala de Casación Penal y la Sala de Casación Social.

Los magistrados del Tribunal Supremo serán elegidos para un único periodo de doce años, a partir de postulaciones realizadas por iniciativa propia o por organizaciones judiciales. Esta fórmula aumenta la estabilidad y continuidad de sus miembros, otorgándoles un mayor margen de independencia. Inicialmente, el constituyente venezolano previó reglas básicas para la elección de los magistrados del Tribunal Supremo. En primer lugar, se realizaría un filtro por parte del Comité de Postulaciones Judiciales; posteriormente, los seleccionados serían remitidos al Poder Ciudadano para una segunda selección; finalmente,

la nueva lista sería enviada a la Asamblea Nacional, encargada de escogerlos a partir de una lista definitiva.

Este procedimiento fue complementado y desarrollado por vía legal. En efecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispuso que la Asamblea Nacional debía elegir la lista definitiva con el voto favorable de, por lo menos, dos terceras partes de sus miembros, mayoría que debía alcanzarse en máximo tres sesiones. En caso contrario, la decisión se adoptaría por mayoría simple (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, art. 8).

Para ser magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, el texto constitucional previó que la persona debía ser venezolana por nacimiento y no poseer otra nacionalidad (Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 41). Asimismo, debía ser ciudadana de reconocida honorabilidad y, además:

> ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince (15) años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince (15) años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince (15) años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones. (Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 263)

Lo anterior denota una evolución frente a la Constitución Política de Colombia, en cuanto a la necesidad de asegurar la idoneidad de las personas que administran justicia desde las más altas esferas.

Además de los anteriores requisitos, el legislador, mediante ley orgánica, señaló exigencias adicionales para acceder a la magistratura. Entre ellas se encuentran: ser ciudadano de conducta moral y ética intachable; ser abogado de reconocida competencia; estar en plena capacidad mental; no haber sido sometido a proceso disciplinario o sancionatorio ni haber sido condenado mediante sentencia en firme; renunciar a cualquier militancia política; no tener vínculos de consanguinidad dentro del cuarto grado ni de afinidad dentro del tercer grado con magistrados del Tribunal Supremo, el presidente de la República, el vicepresidente de la República, los ministros del Gobierno nacional, el fiscal general de la República, el defensor del pueblo o el contralor general; no tener vínculo matrimonial ni unión de hecho con algún magistrado del Tribunal Supremo; no realizar actividad incompatible con el cargo; y tener título universitario de especialización, maestría o doctorado en el área del derecho de la

sala a la que se postula (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, art. 7).

Con ello se refuerza la idea de independencia judicial desde los requisitos mismos de postulación al cargo, resaltando la necesidad de no pertenecer a partido político alguno y de contar con preparación en el área del derecho constitucional para formar parte de la Sala Constitucional (Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 436).

Frente al sistema de aforamiento, el constituyente de 1999 adoptó un modelo según el cual los magistrados pueden ser sancionados y removidos por la Asamblea Nacional mediante mayorías calificadas, una vez la conducta haya sido calificada como grave por parte del Poder Ciudadano. Se trata, por tanto, de un sistema de aforamiento que busca el equilibrio entre las distintas ramas del poder público.

Pese a los avances señalados, el constituyente dejó varios aspectos de la conformación del alto tribunal de justicia en manos del poder legislativo. Así, la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual dispuso que la Sala Constitucional estaría conformada por siete magistrados. En suma, el modelo de elección venezolano presenta avances y retrocesos respecto del modelo colombiano: por un lado, configura un proceso más democrático por la intervención activa de distintas autoridades públicas; por otro, retoma los modelos monocráticos de justicia que concentran el control de constitucionalidad en un órgano perteneciente al poder judicial.

1.3.3.- Ecuador: la primera respuesta innovadora

Como primera respuesta innovadora para la garantía de la independencia judicial de los tribunales constitucionales del NCL, la Constitución ecuatoriana de 2008 previó que la CCE fuera un órgano autónomo administrativa y financieramente respecto de las demás ramas del poder público (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 430). Con ello se continuó la visión de constituir un órgano especializado encargado de juzgar la constitucionalidad de las normas y actuaciones de los demás poderes públicos.

Otro aspecto relevante consiste en que el propio constituyente determinó el número de miembros de la corporación. La CCE está integrada por nueve magistrados, elegidos para un periodo de nueve años sin reelección inmediata, y se renueva por tercios cada tres años (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 432).

De cara a los requisitos para pertenecer a la CCE, la CPE de 2008 señala los siguientes: ser ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de los derechos políticos; tener título de tercer nivel en derecho, legalmente reconocido en el país;

haber ejercido con probidad la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria por el término de diez años; demostrar probidad y ética; y no haber pertenecido, en los últimos diez años, a la directiva de algún partido político (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 432). En comparación con la Constitución colombiana, el constituyente ecuatoriano buscó que los miembros de la CCE no tuvieran estrechos vínculos políticos que afectaran su independencia al momento de administrar justicia. Además, previó una mayor exigencia académica respecto del caso colombiano, al exigir título de tercer nivel para sus aspirantes. No obstante, requiere menos experiencia profesional que Colombia y Venezuela.

Al igual que en el caso venezolano, el legislador ecuatoriano intensificó los requisitos para ser juez de la CCE, señalando un amplio régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Entre estas se encuentran haber ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto, ser cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de un juez de la Corte o de la comisión calificadora, así como la imposibilidad de desempeñar cualquier otro cargo, con excepción de la cátedra universitaria (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, arts. 173 y 174).

El sistema de elección adoptado en la Constitución de 2008 también fue innovador hasta cierto punto, pues intentó generar un proceso de selección basado en el mérito de los aspirantes. Sin embargo, el procedimiento también se encuentra atravesado por la intromisión de poderes políticos. Así, el proceso se desarrolla mediante la designación de una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por el poder ejecutivo, dos por el legislativo y dos por la función de transparencia y control social. Las candidaturas son presentadas por estos poderes y se someten a un concurso público de méritos, con la innovación de prever veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 434).

A pesar del diseño constitucional señalado, el legislador reglamentó el procedimiento mediante la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad. Allí se destaca la inscripción de veedurías nacionales e internacionales en el proceso de selección (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, art. 180), la preferencia de la candidatura de una mujer, la valoración de la formación, la experiencia y la producción intelectual, así como la realización de un examen de oposición que deberá versar sobre asuntos relacionados con la jurisdicción constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, art. 181). Acto seguido, una vez publicado el listado de candidatos preseleccionados, la ciudadanía podrá presentar impugnaciones contra las candidaturas. Final-

mente, se realizará la entrevista por parte de la comisión y serán elegidos los tres aspirantes con mayor puntaje (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, art. 183).

La Constitución ecuatoriana buscó un mayor grado de independencia al limitar los escenarios políticos de los miembros de la CCE, estableciendo que estos no podían ser candidatos a cargos públicos de elección popular (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 113). Empero, en Ecuador, el problema frente a la elección de los magistrados de la CCE se centra en la integración de la comisión calificadora, que tiene una especial incidencia política. De esta manera, se destaca que, en general, todos los procesos de selección se encuentran permeados por la política.

Frente al aforamiento de los magistrados de la Corte Constitucional, resulta interesante cómo esta Constitución rompe con los esquemas establecidos por los modelos colombiano y venezolano, en los cuales la competencia de investigación y sanción reside en el poder legislativo. *A contrario sensu*, el constituyente ecuatoriano radica dicha competencia en el propio poder judicial, siendo el fiscal general del Estado el acusador y la Corte Nacional de Justicia, en Sala Plena, el órgano competente para declarar la responsabilidad del alto funcionario judicial. Para ello será necesario el voto de mínimo las dos terceras partes de la corporación (Constitución Política de Ecuador, 2008, art. 431). Asimismo, de cara a la destitución de uno de sus miembros, esta será conocida por la misma corporación y requerirá el voto de las dos terceras partes de la Sala Plena.

1.3.4.- La aparición de un modelo de elección popular en el órgano de control de constitucionalidad: el caso boliviano

Pese a las críticas formuladas frente a la elección de los jueces constitucionales en Bolivia, debido a una aplicación extrema de la democracia que puede desconocer la lógica propia de los tribunales constitucionales como poderes contramayoritarios de carácter especializado (Salazar, 2009, pp. 189-190), la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia resulta novedosa por la forma de elección de los magistrados y magistradas del TCPB. En efecto, incorpora fórmulas de inclusión y representatividad de los pueblos indígenas originario-campesinos como expresión de reivindicación y reconocimiento dentro del nuevo Estado constitucional plurinacional, adoptando el sufragio universal como método de elección.

No obstante, al igual que ocurre en otros modelos del NCL, el constituyente delega en el poder legislativo la potestad de determinar el número de magistrados del tribunal y su conformación. En consecuencia, el texto constitucional se limita a fijar el periodo de los magistrados, que será personal, de seis años y sin posibilidad de reelección.

Así, mediante la Ley 027 de 2010, el legislador dispuso que el TCPB estaría conformado por nueve magistrados y magistradas, de los cuales al menos dos deberán provenir del sistema indígena originario-campesino (Ley 027, 2010, art. 13). Todos ejercerán sus funciones por periodos de seis años y con dedicación exclusiva (Ley 027, 2010, art. 15). Sin embargo, a diferencia de lo preceptuado por el constituyente, podrán ser reelegidos, aunque no para periodos continuos (Ley 027, art. 14).

Los requisitos señalados por el constituyente para integrar esta corporación son los siguientes: haber cumplido treinta y cinco años de edad; poseer título de abogado; haber ejercido la profesión de manera honesta o la cátedra universitaria durante ocho años en las disciplinas de derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos; y no haber sido sancionado con destitución por el Consejo de la Magistratura. Además, los candidatos no podrán pertenecer a organizaciones políticas, exigencia que busca asegurar la objetividad de los aspirantes a la magistratura (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 199).

Al igual que en otros casos del NCL, la ley exige requisitos adicionales para ser magistrado del TCPB, entre ellos: haber cumplido con la prestación del servicio militar, no tener pliego de cargos ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, estar inscrito en el padrón electoral y hablar al menos dos idiomas oficiales del país (Ley 027, art. 17). Sin embargo, algunos de estos requisitos no permiten asegurar, por sí mismos, la idoneidad de los perfiles que aspiran al cargo, pues no buscan establecer su nivel de conocimiento especializado en el área constitucional. En esa medida, pueden convertirse en exigencias de naturaleza restrictiva que limitan el acceso a estos cargos públicos sin aportar necesariamente a la cualificación técnica del tribunal.

Respecto del proceso de selección, la Constitución boliviana de 2009 establece que la elección inicia con la conformación de una lista de precandidatos elaborada por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Dicha lista debe estar integrada por al menos veintiocho postulantes, en igual número de hombres y mujeres, y posteriormente debe ser remitida al Órgano Electoral (Ley 027, art. 20). A partir de allí, este órgano realizará la campaña electoral en favor de los candidatos, destacando sus méritos ante la ciudadanía. Una vez realizadas las votaciones, serán elegidos quienes obtengan el mayor número de votos populares (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, arts. 182 y 198).

Frente a este procedimiento, resulta necesario señalar que, en la primera etapa, la ausencia de criterios claros de evaluación del mérito permite la aplicación de elementos políticos y subjetivos para la preselección. Con ello se desconoce la

finalidad del constituyente de 2009, que pretendía eliminar prácticas clientelares y politiqueras en la designación de estos funcionarios, trasladando la elección al pueblo (Orias, 2012, p. 17). Además, una vez superada la fase de preselección, la información suministrada al electorado sobre el perfil y la idoneidad de cada candidato ha sido prácticamente nula, lo cual puede generar confusión y desinformación en la ciudadanía.

De esta manera, en la elección de los magistrados del alto tribunal, el presidente de la República ha tenido una fuerte influencia a través de sus mayorías políticas en el poder legislativo. Recuérdese que la preselección de los veintiocho candidatos es realizada por la Asamblea Legislativa mediante mayorías de dos tercios, lo que puede desembocar en la ausencia de independencia y autonomía de la función jurisdiccional. (Vega, 2021, pp. 494-495).

Finalmente, en materia de aforamiento, la Constitución boliviana de 2009 retoma la fórmula de la Constitución Política de Colombia, al entregar a la Cámara de Diputados la facultad de acusar a los miembros del TCPB ante la Cámara de Senadores. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 159).

1.3.5.- Sinopsis de los procesos de elección de magistrados de los tribunales constitucionales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

En el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano pueden observarse diferentes modelos de elección de magistrados o jueces de los tribunales constitucionales, sin que exista unidad de criterios respecto de las calidades exigidas a quienes aspiran a integrar estas corporaciones ni sobre los mecanismos institucionales destinados a asegurar su idoneidad e independencia. A partir de lo revisado, pueden destacarse los siguientes elementos:

1. En cuanto a las calidades exigidas para integrar los tribunales constitucionales, los distintos ordenamientos constitucionales analizados prevén requisitos mínimos relacionados con la nacionalidad, la ciudadanía en ejercicio, la edad, la formación jurídica y la experiencia profesional o académica. Sin embargo, no todos los modelos establecen exigencias específicas de especialidad en derecho constitucional, derecho público o derechos humanos, lo que puede afectar la idoneidad técnica de quienes ejercen la función de control constitucional.
2. Frente a la experiencia requerida, se advierten diferencias significativas. Mientras algunos textos constitucionales exigen una trayectoria prolongada en el ejercicio profesional, la judicatura o la docencia universitaria, otros se limitan a prever requisitos generales que no permiten valorar suficientemente la competencia del aspirante. Esta ausencia de criterios homogéneos puede

debilitar la legitimidad técnica de los órganos encargados de interpretar la Constitución.

3. En relación con la independencia judicial, los modelos estudiados incorporan distintas fórmulas de estabilidad en el cargo, tales como periodos personales, prohibición de reelección inmediata o periodos prolongados. No obstante, la sola duración del cargo no garantiza la independencia si el proceso de selección se encuentra fuertemente condicionado por órganos políticos o por mayorías coyunturales.
4. Desde el punto de vista del órgano elector, se observan modelos simples y complejos. En algunos casos, la elección queda concentrada en un órgano político, como el Senado o la Asamblea Nacional; en otros, intervienen varios poderes públicos en la elaboración de ternas, listas o comisiones calificadoras. Aunque los modelos complejos pueden disminuir el riesgo de captura por un solo poder, también pueden reproducir acuerdos políticos entre élites institucionales.
5. Respecto de la participación ciudadana, los modelos ecuatoriano y boliviano introducen elementos novedosos. Ecuador incorpora veeduría e impugnación ciudadana dentro de un concurso público de méritos, mientras que Bolivia adopta un sistema de elección mediante sufragio universal. Con todo, estos mecanismos no están exentos de críticas, pues la participación ciudadana puede resultar meramente formal si no existe información suficiente sobre los perfiles, méritos e independencia de los candidatos.
6. En materia de aforamiento y responsabilidad, los ordenamientos revisados atribuyen la investigación, acusación o juzgamiento de los magistrados a distintos órganos del Estado. En algunos casos, la competencia se mantiene en órganos políticos; en otros, se traslada parcial o totalmente a órganos judiciales o de control. Esta variable resulta relevante porque el régimen de responsabilidad puede operar como garantía de independencia o, por el contrario, como mecanismo de presión institucional.
7. Desde una perspectiva objetiva, puede señalarse que el NCL no logra consolidar un modelo único de selección de magistrados constitucionales. Más bien, combina fórmulas propias del constitucionalismo clásico, como la intervención de órganos políticos en la elección, con elementos innovadores de participación ciudadana, concursos públicos, veedurías, impugnaciones y sufragio universal. Esta mezcla revela una tensión permanente entre legitimidad democrática, idoneidad técnica e independencia judicial.

En síntesis, los procesos de elección de magistrados de los tribunales constitucionales en el NCL evidencian una búsqueda común: dotar de legitimidad democrática a órganos que ejercen funciones intensas de control sobre

los poderes públicos. Sin embargo, esta búsqueda no siempre logra armonizar adecuadamente la participación política con la garantía de independencia e idoneidad técnica. Por ello, el diseño institucional de los mecanismos de selección resulta determinante para evitar que la supremacía constitucional se transforme en supremacía judicial o, en sentido contrario, en subordinación de la justicia constitucional a los poderes constituidos.

▶ Tabla 1. La elección de magistrados de los tribunales constitucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

País	Órgano elector	Elaboración de la lista de elegibles	Requisitos de idoneidad	Periodo	Órgano sancionatorio
Colombia	Senado de la República	Tres ternas: una enviada por el presidente de la República, una por la Corte Suprema de Justicia y una por el Consejo de Estado.	Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado y acreditar experiencia profesional o académica superior a quince años.	Ocho años, sin reelección.	Congreso de la República: acusación ante la Cámara de Representantes y juzgamiento por el Senado.
Venezuela	Asamblea Nacional	Postulación ante el Comité de Postulaciones Judiciales; selección posterior por el Poder Ciudadano; remisión de lista definitiva a la Asamblea Nacional.	Ser venezolano por nacimiento, jurista de reconocida competencia, con trayectoria profesional, académica o judicial, y cumplir los requisitos adicionales previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.	Doce años, sin reelección inmediata.	Asamblea Nacional, previa calificación de falta grave por el Poder Ciudadano.

País	Órgano elector	Elaboración de la lista de elegibles	Requisitos de idoneidad	Periodo	Órgano sancionatorio
Ecuador	Comisión calificadora	Candidaturas presentadas por el poder ejecutivo, el poder legislativo y la función de transparencia y control social; concurso público de méritos, veeduría e impugnación ciudadana.	Ser ecuatoriano, estar en ejercicio de los derechos políticos, tener título de tercer nivel en derecho, acreditar diez años de ejercicio profesional, judicatura o docencia universitaria, demostrar probidad y no haber pertenecido a directivas partidistas en los últimos diez años.	Nueve años, sin reelección inmediata, con renovación por tercios cada tres años.	Corte Nacional de Justicia, previa acusación del fiscal general del Estado, según corresponda; destitución por decisión de la propia Corte Constitucional en los términos constitucionales y legales aplicables.
Bolivia	Cuerpo electoral	Preselección por la Asamblea Legislativa Plurinacional y posterior elección mediante sufragio universal.	Tener treinta y cinco años, título de abogado, experiencia profesional o académica de ocho años en derecho constitucional, administrativo o derechos humanos, no haber sido sancionado con destitución por el Consejo de la Magistratura y cumplir los requisitos adicionales de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, del 6 de julio de 2010.	Seis años, sin reelección continua.	Cámara de Diputados acusa ante la Cámara de Senadores.

Fuente: elaboración propia

1.4.- Asunción de criterios interpretativos del neoconstitucionalismo europeo y del garantismo en el NCL: diferencias y convergencias entre una teoría normativa y una teoría de la Constitución

Entre las características de las constituciones del NCL se encuentran su alto grado de innovación y originalidad, la extensión del catálogo de derechos, la

activación del pueblo como verdadero poder constituyente y la incorporación de un lenguaje cotidiano a nociones técnicas propias de los textos constitucionales. (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, p. 28).

Al explicar la teoría del NCL, Martínez Dalmau y Viciano han señalado que el neoconstitucionalismo constituye una teoría jurídica que reacciona frente al constitucionalismo formal y a su ausencia de legitimidad democrática. En cambio, el NCL se encuentra democráticamente legitimado por sus procesos constituyentes, razón por la cual incorpora diferentes mecanismos de control constitucional frente a los poderes constituidos. Sin embargo, dichos mecanismos han sido restringidos por el mismo poder constituido, desconociendo la lógica propia del NCL. (Martínez Dalmau & Viciano, 2012).

No cabe duda de que el neoconstitucionalismo ha realizado aportes valiosos a la garantía del principio de supremacía constitucional, en cuanto ha buscado dotar de operatividad a los enunciados normativos de índole constitucional y superar las visiones nominalistas de la Constitución (Dalla, 2010, pp. 455-456). No obstante, sus métodos también han intensificado las objeciones democráticas al control de constitucionalidad, haciendo más evidentes las tensiones entre democracia y constitucionalismo.

En esta línea, Pazmiño (2010) ha señalado que el NCL ha estado orientado por directrices normativas propias del neoconstitucionalismo, con el propósito de «construir una justicia constitucional y altamente profesionalizada, totalmente independiente del resto de poderes del Estado, incluida la función judicial» (p. 208). A propósito del caso ecuatoriano, el mismo autor precisa:

Al contrario de esta visión, la nueva Constitución ecuatoriana representa una ruptura epistemológica radical respecto del modelo de jurisdicción y de justicia existente en el pasado, remplazándolo por un orden jurídico en donde el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación de legitimidad del sistema político, lo cual quiere decir que, a partir del momento en que se asume este modelo constitucional, los jueces comenzarán a participar realmente en la definición y control de las políticas públicas, a raíz de la necesaria aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales. (Pazmiño, 2010, pp. 210-211)

A partir de lo anterior, resulta necesario estudiar las convergencias y tensiones entre el neoconstitucionalismo, el garantismo y el NCL. Mientras el primero ha contribuido a consolidar la fuerza normativa de la Constitución y a justificar nuevas metodologías de interpretación constitucional, el segundo ha insistido en la necesidad de mantener la separación entre derecho y moral, así como en la garantía normativa de los derechos. Por su parte, el NCL incorpora estos debates, pero los reubica dentro de una teoría democrática de la Constitución,

en la que el poder constituyente popular conserva un papel central frente a los poderes constituidos.

De esta manera, el análisis que sigue busca precisar si el NCL se limita a reproducir las categorías interpretativas del neoconstitucionalismo europeo y del garantismo, o si, por el contrario, las resignifica desde una concepción propia de soberanía popular, participación democrática y control de los poderes constituidos. Esta distinción resulta fundamental para comprender los alcances y límites de la interpretación constitucional en los modelos latinoamericanos estudiados.

1.4.1.- El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el neoconstitucionalismo principialista y garantista como formas de entender el constitucionalismo

Alterio (2021, pp. 28-46) señala que el neoconstitucionalismo representa, en sí mismo, un cambio de paradigma en la comprensión del derecho y del Estado constitucional, así como una teoría del derecho. En un primer momento, dicho cambio supone un nuevo modelo normativo en el que todos los poderes públicos, incluido el legislador, se encuentran sometidos a las normas constitucionales. Con ello se busca privilegiar la protección de los derechos y garantías fundamentales, a diferencia del modelo positivista propio del Estado de derecho clásico.

Lo anterior implica que, en el Estado constitucional de derecho, el juez adquiera un rol protagónico en la defensa de la Constitución. Con todo, el neoconstitucionalismo tiene como elementos principales la garantía del principio de supremacía constitucional y la comprensión del derecho a partir de principios. En esa medida, puede ser entendido como una teoría del derecho con una teoría del poder implícita. Por el contrario, el NCL explicita una teoría del poder que toma elementos de la teoría del derecho para permitir que la voluntad constituyente plasmada en la Constitución sea efectivamente garantizada. A continuación, se presenta una visión general y comparada entre el neoconstitucionalismo y el NCL.

Prieto Sanchis (2014, p. 17) ha definido el neoconstitucionalismo desde una triple dimensión: como doctrina del Estado, como teoría del derecho y como teoría de la ciencia jurídica. En primer lugar, como teoría del Estado, el neoconstitucionalismo defiende un modelo de Estado constitucional sustentado en la supremacía de la Constitución. En segundo lugar, desde la teoría del derecho, explica la forma en que funcionan los sistemas jurídicos actuales. Finalmente, desde la ciencia del derecho, defiende epistemológicamente una visión moral del derecho. De esta manera, el neoconstitucionalismo centra su estudio en la fuerza normativa de la Constitución, que adquiere una dimensión objetiva en la medida en que los poderes públicos se encuentran vinculados a sus preceptos y obligados a garantizar sus disposiciones.

Ahora bien, como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo centra su atención en la tipología normativa de los textos constitucionales y en su forma de aplicación. Por ello, «pone el acento en ciertas nociones: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, y que desplaza su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez; adoptando el modelo axiológico de la constitución concebida como norma, en rechazo al modelo positivista» (Alterio, 2015, p. 49). Desde esta perspectiva, para los neoconstitucionalistas la Constitución es una norma que impregna todo el ordenamiento jurídico y que requiere una metodología propia para interpretar sus postulados, apartándose de las formas clásicas de interpretación de la ley. (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, p. 18).

En consecuencia, la interpretación constitucional desde el neoconstitucionalismo se asienta en los siguientes conceptos: (a) la distinción entre principios y reglas como tipología de normas contenidas en los textos constitucionales; (b) la ponderación y la subsunción como métodos que permiten diferenciar la interpretación de la Constitución de la hermenéutica legal; (c) la Constitución como norma que subordina a la ley; y (d) la defensa de la discrecionalidad judicial frente a la discrecionalidad del legislador (Pozzolo, 1998, pp. 340-342).

Pozzolo (1998, pp. 346-347) sostiene que puede hablarse de especificidad de la interpretación constitucional desde cuatro puntos de vista: (1) la peculiaridad del sujeto, que implica la existencia de un órgano concentrado de constitucionalidad; (2) los efectos de las sentencias, que deberán ser *erga omnes*; (3) los criterios de interpretación que acoja el juez; y (4) la adopción de un modelo de Constitución normativa o axiológica. Por ello, desde un punto de vista político, el poder judicial adquiere especial relevancia dentro de esta teoría, dado que los jueces ya no son la simple boca de la ley pregonada por Montesquieu, sino que su interpretación adquiere una especial connotación valorativa (Prieto Sanchis, 2014, p. 23).

En este sentido, los autores adscritos al neoconstitucionalismo coinciden en señalar que el cambio de paradigma obedece a la alteración del objeto de estudio. Sin embargo, las diferencias surgen en la forma de abordar ese objeto, es decir, la Constitución. A partir de allí se desarrollan las principales divergencias entre las dos concepciones más fuertes del neoconstitucionalismo: por un lado, el neoconstitucionalismo normativista, liderado en mayor medida por Ferrajoli, que mantiene una visión positivista en la interpretación y aplicación de la Constitución; por otro, el neoconstitucionalismo conceptualista, entendido como corriente antipositivista. (Alterio, 2014, pp. 236-239).

De esta forma, una de las principales líneas de semejanza entre el neoconstitucionalismo y el garantismo consiste en la adopción, dentro de los textos constitucionales, de parámetros de validez para las demás normas del orde-

namiento jurídico. Se trata de normas de carácter indeterminado y abstracto. Así, ambas visiones consideran necesario limitar el poder legislativo a partir del texto constitucional y exigen la implementación de mecanismos de control de constitucionalidad como límite al poder político. (Salazar, 2011, pp. 292-293).

Además de ello, inicialmente puede afirmarse que el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho que, a diferencia del garantismo, presenta una doble dimensión: como teoría del derecho y como teoría del poder. No obstante, la principal diferencia entre ambas corrientes radica en la aceptación, por parte del neoconstitucionalismo, de elementos morales incorporados al derecho positivo. El garantismo, en cambio, cuestiona dicha incorporación con el fin de preservar la autonomía del derecho, separando el derecho de la moral y el ser del deber ser. (Salazar, 2011, pp. 296-298).

Desde esta perspectiva, el garantismo entiende la Constitución a partir de los siguientes elementos: (1) como *lex superior*, según la cual todo Estado con Constitución es un Estado constitucional; (2) como única fuente de actos jurídicos; (3) como remisión normativa al poder constituyente; (4) como fundamento de los derechos constitucionales; y (5) como reconocimiento de elementos metaformales, aunque de naturaleza metaconstitucional. En contraste, el neoconstitucionalismo principialista considera que: (1) no todo Estado con Constitución es Estado constitucional; (2) la Constitución no es la única fuente de actos jurídicos; (3) su explicación no se remite exclusivamente al poder constituyente; (4) la Constitución reconoce ciertos derechos; y (5) existen elementos metaformales por fuera del texto constitucional (Aguiló, 2012, p. 254).

En esa medida, para el neoconstitucionalismo de carácter principialista existen fuentes diferentes al poder constituyente para blindar la legitimidad democrática del orden constitucional. Ello permite sostener la existencia de elementos normativos por fuera de la Constitución, remitiendo a componentes axiológicos extraconstitucionales e impidiendo una separación estricta entre derecho y moral.

Esta visión tiene repercusiones directas en la forma de interpretar la Constitución, en tanto la aceptación de elementos morales por parte del neoconstitucionalismo principialista implementa nuevos métodos hermenéuticos que conceden mayores márgenes de maniobra a los jueces. Por ello, el modelo clásico de las normas como reglas tiende a ser desplazado por la centralidad de los principios como modelos normativos predominantes, dada su fuerte carga moral. En consecuencia, el juez en el modelo neoconstitucionalista aparece, en mayor medida, como un juez activista o creador de derecho, mientras que en el garantismo se presenta como un límite a los poderes de las mayorías y, al mismo

tiempo, como un juez comprometido con que los demás poderes realicen sus mandatos constitucionales. (Salazar, 2011, pp. 297 y ss.).

Esta última consideración marca una diferencia relevante frente al NCL, pues el garantismo mantiene una visión clásica de los derechos y de la democracia, anclada en el modelo de democracia representativa. El NCL, en cambio, incorpora una comprensión más intensa del poder constituyente popular, de la participación democrática y de la legitimidad directa de la Constitución.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho presenta un sistema de fuentes, un sistema de interpretación y una comprensión del sistema jurídico que rompen las estructuras clásicas del Estado de derecho liberal, convirtiendo la Constitución en una norma de carácter conflictivista y principialista (Prieto Sanchis, 2014, p. 29). De allí que el neoconstitucionalismo tenga como método de solución de conflictos la ponderación entre principios, de la cual surge la jurisprudencia como fuente primaria del derecho, a partir de las soluciones adoptadas por los jueces en casos particulares.

El NCL tiene como elemento común con el neoconstitucionalismo la centralidad y supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, también toma en cuenta la legitimidad democrática del texto normativo para erigirse como norma suprema. Así, las constituciones del NCL representan una misma ideología: el pueblo es el único poder soberano del cual emanan todos los poderes públicos y la supremacía de la Constitución. Esta es normativamente superior a cualquier otra norma por haber sido creada por el propio pueblo. Al respecto, Viciano y Martínez Dalmau (2010) señalan:

> Desde el axioma democrático, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en que la Constitución es fruto del mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, y refleja su voluntad. Por esa razón, el Estado constitucional sólo puede ser el Estado regido por una Constitución legitimada directamente por la ciudadanía, no por sus representantes. El neoconstitucionalismo es, en consecuencia, una teoría del Derecho, pero sólo subsidiariamente y en la medida en que la Constitución rige el resto del ordenamiento jurídico; mientras que el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una teoría (democrática) de la Constitución. (p. 18)

Jurídicamente, el neoconstitucionalismo representa una modernización del derecho constitucional, en tanto incorpora principios jurídicos y elementos axiológicos; normas que pregonan la efectividad directa del texto constitucional; múltiples mecanismos de defensa jurisdiccional; recepción del derecho internacional de los derechos humanos; y nuevas y variadas formas de interpretar la Constitución. Todo ello conduce a un activismo del juez constitucional, que

se convierte en actor normativo relevante en la garantía de la supremacía de la Constitución. (Villabella, 2017, p. 948).

En consecuencia, el neoconstitucionalismo enfoca su preocupación en la dimensión jurídica de la Constitución y se cataloga como una teoría del derecho que busca explicar: (1) la asunción del Estado constitucional frente al modelo clásico de Estado de derecho; (2) la forma de interpretar el texto constitucional, entregando la protección de los derechos fundamentales a los jueces; y (3) la asunción de la jurisprudencia como fuente primaria de derecho en detrimento de la ley. El NCL, por su parte, avanza en el concepto de Constitución desde un sentido material, entendido como aquella norma suprema que es resultado de una expresión democrática del poder soberano en manos del pueblo, del cual irradia la fuerza normativa de la Constitución y se legitima el poder proveniente de ella. (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, pp. 74-76).

Ávila (2011) señala que en Latinoamérica el neoconstitucionalismo empezó a tomar fuerza a finales del siglo XIX y tuvo como principales elementos para la descolonización y emancipación de los pueblos los siguientes: «(1) la expansión de los derechos, (2) el control de constitucionalidad por de todos los jueces, (3) el redimensionamiento del Estado, (4) el constitucionalismo económico encaminado a la equidad, y (5) el hiper-presidencialismo» (p. 60). Asimismo, Terol (2015, pp. 9-10) sostiene que el neoconstitucionalismo en Latinoamérica termina siendo una ruptura del modelo de Estado de derecho y de la capacidad normativa de la ley como norma suprema, situación que pone de relieve los fines, valores y principios insertos en los nuevos textos constitucionales, convirtiendo la Constitución en una norma con fuertes y variados elementos axiológicos.

Al comparar la teoría del neoconstitucionalismo con la del NCL pueden evidenciarse algunas semejanzas, pero también diferencias en sus ejes estructurales. Como puntos de encuentro, puede observarse que ambas teorías buscan ser normativas y abogan por la asunción de un Estado constitucional, de manera que la constitucionalización del ordenamiento jurídico constituye una constante entre ellas. No obstante, el NCL presenta elementos asociados al constitucionalismo popular, que legitima el orden jurídico en la noción de soberanía popular, aspecto que para el neoconstitucionalismo resulta irrelevante (Alterio, 2014, pp. 278-279). En este sentido, el neoconstitucionalismo y el NCL tienen como puntos divergentes el modelo de legitimidad, sus estructuras institucionales, la teoría de la democracia y las relaciones entre derecho y política.

Desde la legitimidad de la Constitución, el neoconstitucionalismo acoge un modelo de tipo sustancial, que fija límites de naturaleza moral como mecanismo de contención de las decisiones democráticas. En este esquema, los jueces son la autoridad encargada de satisfacer las pretensiones de corrección de las decisiones

mayoritarias. Esta situación difiere del modelo de legitimidad pregonado por el NCL, cuyo eje es el pueblo como poder constituyente que legitima los procesos constitucionales y democráticos. [30] Así, el NCL desarrolla un modelo de legitimidad procedimental sustentado en el concepto de poder constituyente como poder soberano, que no solo actúa en el momento de creación constitucional, sino que también es un actor permanente durante la vigencia de la Constitución. De allí que la rigidez constitucional se sustente en el respeto al pueblo como poder soberano, a diferencia del modelo neoconstitucional, en el que dicho respeto se debe a la Constitución misma. (Alterio, 2014, pp. 279-281).

En cualquier caso, frente a la legitimidad de la Constitución en el NCL, Martínez Dalmau (2012b) señala que su eje central será la noción del pueblo como poder soberano:

> El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo, ilimitado, único e indivisible. El pueblo es, en definitiva y con toda su ambigüedad —es en esta ambigüedad donde se encuentra su potencialidad revolucionaria—, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. Sin soberanía, sin poder constituyente, no existe pueblo, y el constitucionalismo pierde el carácter democrático en que se fundamenta el siempre difícil equilibrio entre legitimidad democrática y organización del poder político. (pp. 635-636)
>
> Ahora bien, el elemento central de distinción entre el neoconstitucionalismo y el NCL reside en la forma en que se sustenta la legitimidad de las constituciones. En el NCL, dicha legitimidad se encuentra en el pueblo como poder constituyente y soberano, creador del texto constitucional; por tanto, no son legítimas aquellas constituciones en las que el pueblo no participa en su elaboración (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, pp. 71 y ss.). Por ello, en el caso del NCL, el concepto de soberanía popular impregna la estructura institucional, el modelo de democracia y las relaciones entre derecho y política, maximizando la capacidad emancipadora y transformadora de la Constitución. En todo caso, ello exige una participación real del pueblo como poder constituyente en la elaboración del texto constitucional,

30 ALTERIO (2021) dirá frente al Neoconstitucionalismo y su diferencia con el nuevo constitucionalismo: "Como decía, esto no ocurre en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano, que si bien también reconoce la supremacía constitucional, las instancias internacionales de protección de los derechos con sus respectivas competencias jurisdiccionales y está enmarcado en el pluralismo político, social y cultural, ofrece ligar preponderante el concepto de soberanía popular y lo vincula con el carácter político del derecho (que se analizara a infra). De hecho, el NCL pone su centro de su legitimidad el origen democrático de la Constitución, es decir, al poder constituyente sobreaño encarnado en el pueblo, en clara oposición a las corrientes neoconstitucionalistas que "demuelen" el concepto mismo de soberanía". (p. 36)

situación que difiere de las corrientes neoconstitucionalistas (Zagrebelsky, 2011, p. 12).

Belloso (2015, pp. 43-46) enuncia cuatro criterios para diferenciar el neoconstitucionalismo del NCL: sus presupuestos, su sistematización, sus objetivos y el objeto y modo de tutela. Desde los presupuestos, el NCL se diferencia del neoconstitucionalismo por el uso de la teoría crítica del derecho a través de movimientos sociales que han impulsado esta corriente teórica. Desde la sistematización, el neoconstitucionalismo, como corriente propia de la teoría del derecho, ostenta una sistematización medianamente homogénea, mientras que el NCL se encuentra en fase de sistematización, en razón de las luchas populares orientadas a reivindicar al pueblo como poder soberano. Desde sus objetivos, el NCL se caracteriza por textos constitucionales destinados a la emancipación de los pueblos desde el mismo pueblo,[31] mientras que en el neoconstitucionalismo, mediante constituciones principialistas, se otorga especial importancia al juez en la garantía de los derechos.

En cuanto al objeto de tutela, el NCL y el neoconstitucionalismo guardan relación en la defensa de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, el NCL incorpora una visión colectiva de los derechos, consagrando garantías y acciones colectivas y rompiendo con el corte individualista del derecho constitucional clásico-liberal. Finalmente, respecto de la forma como se tutelan los derechos, el NCL adopta una visión activista del poder judicial, pero anclada también a la participación del pueblo en la defensa

31 Señalara BELLOSO (2015): "La intención del nuevo constitucionalismo en Latinoamérica ha sido "configurar textos formalmente modernos y que materialmente impulsaran la transformación de la sociedad" mediante tres objetivos: i) la estabilidad democrática, a través del control parlamentario y de mecanismos que disminuyan el hiperpresidencialismo; ii) el fortalecimiento de los derechos humanos y el reconocimiento de derechos de grupos indígenas; y, iii) mayores estándares de gobernabilidad y de control constitucional Los recientes textos constitucionales latinoamericanos han intentado dejar atrás un cierto grado de elitismo y reminiscencias del modelo que, entienden, caracterizaban los textos constitucionales anteriores y que contrasta con el suyo, en el que destacan la búsqueda emancipatoria de un constitucionalismo democrático. De ahí la defensa que hacen de las intersubjetividades colectivas y su preocupación por la deconstrucción de paradigmas hegemónicos de la fundamentalidad de los derechos. Las Constituciones latinoamericanas contienen algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales tales como la justicia indígena y la interculturalidad. Otras son típicamente características de las "nuevas" Constituciones latinoamericanas -Ecuador y Bolivia-como la plurinacionalidad y la democracia comunitaria. Estos son derechos que van a orientar la adopción de políticas públicas y el desarrollo reglamentario explicitando los postulados constitucionales y las propias decisiones judiciales., en "El neoconstitucionalismo…". (p. 41- 42)

de los derechos. Esto no ocurre del mismo modo en el neoconstitucionalismo, en el cual se refuerzan las facultades de los jueces como poder que controla a los demás poderes públicos.

Desde el punto de vista institucional, el neoconstitucionalismo se caracteriza por ser un modelo elitista[32] que deja en manos de los jueces las decisiones estrechamente relacionadas con los derechos constitucionales, debido también a un modelo fuerte de control de constitucionalidad. Incluso, los tribunales constitucionales suelen enunciar los derechos fundamentales como límites infranqueables al mismo poder soberano, lo que contradice la noción del pueblo como poder absoluto e ilimitado sobre la cual se sustenta el NCL. En este modelo, entonces, los jueces se convierten en el poder prevaleciente y se les atribuye una amplia gama de facultades restrictivas frente a los demás poderes e incluso frente al propio pueblo. [33]

El NCL tiene como elemento común con el neoconstitucionalismo la rigidez de la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales de protección del texto constitucional. Sin embargo, incorpora elementos democráticos y participativos para la defensa de la Constitución por parte del pueblo como poder constituyente. De esta manera, el pueblo funge como poder político de carácter proactivo, pero también como límite a los poderes constituidos. Además, dichos medios adquieren un especial componente emancipador y transformador de la realidad social, pues la ciudadanía, mediante acciones constitucionales, se encarga de reivindicar derechos de grupos marginados y de poner en discusión grandes luchas sociales que los poderes democráticos tradicionales no han querido asumir.

Habría que decir, además, que la noción de poder constituyente en la teoría del NCL impide que, al hablar de rigidez constitucional, se pueda esgrimir la existencia de elementos inmodificables, ya que para el pueblo como soberano no existen tales límites externos.[34] Empero, la noción de poder constituyente sí

32 VICIANO Y MARTÍNEZ DALMAU (2014) señalan: "Que el neoconstitucionalismo así lo defienda significa pasar de una teoría del derecho a una teoría del poder: la preponderancia del poder elitista de la función judicial frente al poder democrático de la función legislativa a través de la decisión sobre el significado de la norma Constitución para, por ello, limitar la función del legislador". (p. 71)

33 Véase por ejemplo como GARZÓN (1989) habla del coto vedado como restricciones al mismo pueblo, en "Algo más acerca del coto vedado"; o Ferrajoli (2014, pp. 19-22), habla de la esfera de lo indecidible.

34 MARTÍNEZ DALMAU (2015) señala: "entonces, queda claro que el poder constituyente si tiene límites, pero son los límites propios de su naturaleza, intrínsecos, propios de la facticidad coyuntural en que se tiene lugar. Lo que no puede tener son límites externos porque estaríamos negando el carácter democrático del poder constituyente y su carácter emancipador". (p. 50)

opera como límite frente a los poderes constituidos en su ánimo de reformar, modificar o alterar el texto constitucional. Parafraseando a Viciano y Martínez Dalmau (2014, p. 77), quienes a su vez citan a Colón-Ríos, la Constitución, desde el constitucionalismo democrático, tiene una doble dimensión: es débil frente al poder soberano, pero fuerte frente a los poderes constituidos. Esta idea evidencia la diferencia con el neoconstitucionalismo, que considera la Constitución como un límite incluso frente a las decisiones del pueblo.

Con todo, como ya se vio, el NCL incorpora, por lo menos *prima facie*, elementos democráticos dentro de sus estructuras institucionales, orientados a legitimar la acción de los poderes públicos (Alterio, 2014, pp. 281-286). No obstante, no puede perderse de vista que, a pesar de su especial componente democrático, las constituciones pertenecientes a esta teoría siguen «contando con un diseño de poder judicial elitista» (Gargarella, 2015, p. 170), que ha impuesto obstáculos capaces de alejar a la ciudadanía de la justicia constitucional, como ya se observó en relación con la legitimación en las acciones de constitucionalidad.

Desde la teoría de la democracia, el neoconstitucionalismo se encuentra dirigido por un modelo de democracia sustancial o deliberativa «que da un valor técnico a la regla de las mayorías», haciendo necesarias condiciones de justicia para su ejercicio, así como la fijación de límites a las decisiones mayoritarias. Por ende, se afirma que este modelo privilegia «la soberanía de la razón» sobre la «soberanía popular». A diferencia del modelo neoconstitucional, el NCL se sustenta en un modelo de democracia participativa que entrega al pueblo mecanismos de defensa frente a los poderes constituidos y, a su vez, medios para expresar su voluntad en los asuntos propios de la nación. (Alterio, 2014, pp. 286-290).

Desde las relaciones entre derecho y política, el neoconstitucionalismo presenta una férrea desconfianza frente a las decisiones de los poderes políticos mayoritarios. Ello se explica porque concede a los jueces un amplio margen para interpretar la Constitución y los convierte en los encargados de definir el sentido mismo del texto constitucional. En principio, esto busca el máximo respeto del texto constitucional de naturaleza originaria, limitando a los demás poderes públicos e invalidando sus actuaciones políticas. *A contrario sensu*, el NCL centra su análisis en el aspecto político de la Constitución, que se hace más notorio debido al amplio catálogo de principios, valores y derechos que consagran estas constituciones. De esta manera, el texto constitucional se convierte en un escenario de lucha política por su concreción, aunque se encuentra en constante tensión con algunos criterios de interpretación que apelan a la voluntad primigenia del poder constituyente. (Alterio, 2014, pp. 281-286).

Por otra parte, no puede perderse de vista que el neoconstitucionalismo y el NCL nacen en contextos sociales y políticos disímiles. El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, estudia en gran medida los movimientos constitucionales europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, haciendo especial énfasis en la protección irrestricta de los derechos fundamentales vulnerados por el actuar bélico. El NCL, en cambio, nace de la ausencia de un Estado social de derecho efectivo; de allí que las nuevas constituciones tengan un especial componente social orientado al cierre de las brechas que han afectado a los sujetos históricamente excluidos y al mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad en general. (von Bogdandy, 2015, p. 9).

Alterio (2021, p. 24) destaca que el constitucionalismo ha sido entendido desde un punto de vista débil, esto es, como mera norma política que organiza la estructura del Estado, y desde una versión fuerte, que protege los derechos y libertades de los ciudadanos mediante la incorporación de elementos axiológicos al texto constitucional, e incluso plantea la expansión de los derechos fundamentales a través del poder de los jueces (Peña, 2007, p. 239). Conviene advertir que los principales elementos contramayoritarios de una versión fuerte del constitucionalismo son la rigidez de la Constitución y el control jurisdiccional (Guastini, 2003, p. 52), que tanto en el neoconstitucionalismo como en el NCL serán cuestionados mediante la objeción democrática.

En cualquier caso, como teoría orientada a limitar los poderes públicos, el neoconstitucionalismo constituye una parte del constitucionalismo. Frente al NCL, Alterio (2021) señala que esta doctrina supone una actualización del constitucionalismo en América Latina, a raíz de movimientos democráticos que introdujeron nuevos elementos para limitar el poder dentro de las viejas estructuras liberales-conservadoras. Finalmente, diferencia una corriente de la otra en los siguientes términos:

> (…) como decía esto no ocurre en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano, que si bien también reconoce la supremacía constitucional, las instancias internacionales de protección de los derechos con sus respectivas competencias jurisdiccionales y está enmarcado en el pluralismo político, social y cultural, ofrece un lugar preponderante al concepto de soberanía popular y lo vincula con el carácter político del derecho.
>
> De hecho, el NCL pone al centro de su legitimidad el origen democrático de la Constitución, es decir, al poder constituyente soberano encarnado en el pueblo, en clara oposición a las corrientes neoconstitucionalistas que «demuelen» el concepto mismo de soberanía. (Alterio, 2021, p. 36)

Se reitera, entonces, la centralidad que tiene en el NCL la legitimidad de la Constitución como asunción del poder constituyente en cuanto único sobe-

rano. Esta situación no ocurre del mismo modo en el neoconstitucionalismo, que centra la legitimidad de la Constitución en la propia carta y en la defensa de los derechos contenidos en ella, legitimidad que incluso puede desvanecerse en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. (Ferrajoli, 2007, p. 29).

Ontológicamente, el neoconstitucionalismo y el NCL tienen finalidades diferentes. El primero busca primordialmente la protección de los derechos fundamentales, mientras que el segundo pretende asegurar condiciones de verdadera emancipación e igualdad, de acuerdo con los distintos contextos en los que surge cada corriente. En el NCL, los derechos fundamentales son piezas centrales de la emancipación, pero no constituyen su fin último. De esta forma, en el continente europeo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se atribuyó a la Constitución la capacidad de frenar los excesos de las mayorías y de los poderes públicos. En cambio, el surgimiento del NCL no obedeció propiamente a un hecho histórico único, sino a la continuidad de situaciones de inequidad y desigualdad social, razón por la cual se atribuyó al pueblo una capacidad transformadora y emancipatoria.

No obstante, al igual que el neoconstitucionalismo, el NCL busca limitar el accionar de los poderes públicos. Sin embargo, el fundamento de esa limitación es distinto: mientras el neoconstitucionalismo acentúa la garantía de los derechos y el carácter normativo de la Constitución, el NCL fundamenta dicha limitación en la función política del poder constituyente popular.

En su composición normativa, tanto el neoconstitucionalismo como el NCL asumen constituciones orientadas a la justicia material, apelando a normas tipo principio, a diferencia del Estado clásico de derecho, en el que predominaba la ley y la estructura normativa de reglas. De ahí que el cambio de paradigma no se produzca únicamente desde la estructura jurídico-política, sino también mediante la incorporación de elementos valorativos que hacen más flexible la interpretación al momento de aplicar la Constitución. Sin embargo, ambas corrientes se diferencian en que, en el neoconstitucionalismo, la realización y concretización de los derechos se encuentra intrínsecamente conectada con la moral, mientras que en el NCL dicha conexión se da desde una concepción política. (Alterio, 2021, pp. 38-39).

Conforme a lo anterior, las tesis neoconstitucionalistas sustentan la interpretación de la Constitución desde una arista eminentemente moral, mientras que la interpretación de la Constitución en el NCL debe darse en términos políticos. Con todo, ambos modelos tienen la connotación de ser plenamente normativos y comparten como objetivo la constitucionalización del ordenamiento jurídico. No obstante, debe reiterarse que el NCL sustenta dicha normatividad en el poder

constituyente como poder soberano, acercándose en este punto al constitucionalismo popular, en cuanto incorpora una teoría de la autoridad sustentada en la legitimidad democrática de la fuerza normativa de la Constitución. (Alterio, 2021, pp. 64-69).

1.4.2.- Elementos comunes entre el neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Núñez (2018, pp. 100-103) destaca que, en el canon neoconstitucionalista, la rigidez y la supremacía de la Constitución son características propias de esta teoría normativa. En efecto, la Constitución debe prever procedimientos altamente exigentes para su modificación o reforma, en comparación con el trámite de creación o reforma de una ley, con el fin de impedir la alteración flexible de los derechos fundamentales. A su vez, corresponde a los jueces la protección, defensa y corrección de esos derechos, situación que contrasta con el clásico Estado liberal de derecho.

De igual forma, el neoconstitucionalismo aborda la Constitución desde un punto de vista eminentemente jurídico y formal. En esa línea, Ferrajoli (2011b, pp. 318-323) establece diferencias relevantes entre la Constitución política propia del modelo liberal de derecho y la Constitución jurídica. Las primeras carecen de verdaderas garantías jurisdiccionales que fijen límites a los poderes públicos; de allí que, para el autor italiano, la Constitución jurídica represente una evolución del positivismo, al punto de positivizar auténticos referentes axiológicos. Con todo, aun cuando el neoconstitucionalismo parte de una visión formalista, subsiste la posibilidad de que existan instituciones antidemocráticas dentro de su estructura.

En todo caso, el NCL toma elementos garantistas que lo aproximan al neoconstitucionalismo, en tanto adopta: (1) una concepción fuerte de los derechos fundamentales como límites a los poderes públicos; (2) una Constitución rígida, no proclive a cambios o mutaciones constitucionales flexibles; y (3) un modelo robusto de justicia constitucional, con variedad de mecanismos y garantías jurisdiccionales. (Navas, 2013, p. 186).

Peña (2007, p. 249), al hablar del constitucionalismo garantista, explica que este corresponde a un constitucionalismo profundamente social, en el cual los poderes públicos deben garantizar condiciones mínimas de vida a sus ciudadanos. Ello solo sería posible mediante la adopción de normas tipo regla que reduzcan el ámbito de discrecionalidad tanto legislativa como judicial. El autor también aclara que es usual que en estas constituciones existan principios jurídicos de los cuales se extraen otras normas y se expande el poder de la Constitución. Sin embargo, resulta evidente que una Constitución fuertemente rígida, normativa y garantizada jurisdiccionalmente deja un menor margen

de maniobra al legislador y, con ello, reduce la capacidad de autogobierno del pueblo. Esto aminora los espacios de deliberación y discusión política, al tiempo que amplía la posibilidad de intervención de los jueces en las políticas públicas estatales. Por ello, el garantismo comprende la necesidad de que la Constitución cuente con espacios democráticos, aunque limitados:

> Es verdad que la garantía jurisdiccional ha sido un componente constante de todas las formas de constitucionalismo. Hay, sin embargo, algunos matices diferenciales de la función de los jueces en los distintos constitucionalismos tradicionales, respecto de la que están llamados a ejercer en el neoconstitucionalismo o en el garantismo. En los constitucionalismos antiguos, la misión de los jueces era la protección de los derechos de los individuos frente a injerencias bien de otros sujetos, bien del poder político. Lo que no ha sido nunca misión del poder judicial ha sido la elección entre los diversos sentidos posibles de principios y valores de justicia expresados en la constitución —algunos de ellos contradictorios entre sí—, ni tampoco la identificación y aplicación de reglas implícitas a su propia versión de esos principios y valores hasta el punto de diseñar un completo y minucioso programa político de reforma social, y que han de aplicar incluso frente a la voluntad de los poderes representativos o responsables políticamente. Este cometido convierte al poder judicial en un actor político de primer orden y no en un poder independiente encargado de la garantía de los derechos de los individuos, máxime cuando, en virtud de la materialización o de la afamada eficacia horizontal de los derechos, adquiere poder no sólo para velar por la intangibilidad de la esfera de inmunidad individual frente al poder, sino también para intervenir decisivamente en el modo en que los individuos se relacionan entre sí o se guían en su propia vida privada. (Peña, 2007, p. 253)

A diferencia del neoconstitucionalismo, el NCL busca maximizar los derechos de participación del pueblo como poder soberano, no sometido a ningún otro poder o límite y, mucho menos, a su propia creación constitucional.

Como segundo problema de una Constitución garantista, se ha señalado el carácter sectario de la carta política. En efecto, es posible que los valores comprendidos en ella funcionen como presupuestos e instrumentos puestos al servicio de un determinado grupo de personas, excluyendo a otros sectores. De allí la importancia de identificar el carácter ideológico con el que fue creado el texto constitucional, pues este puede posibilitar la supremacía de determinados principios o valores respecto de otros:

> Una constitución que blinda cuestiones sobre las que no existe consenso, no sólo terminará siendo irrelevante, sino que, ante todo, será percibida como una imposición arbitraria, como una agresión a la libertad política de aquellos que no comparten los fines o los métodos constitucionalizados. Una constitución de esa

> naturaleza no es el marco para la confrontación pacífica de ideologías diversas, sino un instrumento en manos de una ideología concreta para asegurar su preeminencia respecto de otras rivales. (Peña, 2007, p. 255)

La Constitución sí debe tener una ideología; sin embargo, dicha ideología debe ser explícita o, por lo menos, puesta en evidencia por el constituyente. Además, este podrá modificarla en cualquier momento, al constituirse como poder soberano que, en últimas, guía la forma en que se aplica e interpreta la Constitución.

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, no centra su atención en la estructura propia del poder, pues ancla la aplicación de los derechos en las formas clásicas de organización estatal, especialmente a través del poder judicial. En este mismo sentido, Gargarella (2015, p. 125) señala que las constituciones del NCL insertan una amplia gama de derechos en viejas estructuras constitucionales y, a su vez, carecen de criterios interpretativos adecuados para la aplicación de esos nuevos derechos o, en el mejor de los casos, asumen criterios propios de otro estadio de la historia constitucional.

Navas (2017, p. 5), por su parte, ha señalado que los principios de supremacía constitucional y los distintos elementos axiológicos contenidos en las constituciones del NCL no hacen que esta teoría de la Constitución difiera sustancialmente del modelo dogmático del neoconstitucionalismo. Para el autor ecuatoriano, las principales similitudes son las siguientes:

1. La idea de constitucionalización del derecho irradia todos los espacios sociales, jurídicos y políticos de la nación.
2. La relevancia de la justicia constitucional para la garantía de los derechos constitucionales permite hablar de un garantismo judicial.
3. La visión principialista de los textos constitucionales implica el desarrollo de métodos no tradicionales para resolver disputas entre derechos constitucionales.
4. La visión universal de los derechos propende por la garantía y protección de los derechos constitucionales. (Navas, 2017, pp. 10-11).

Sin embargo, no puede olvidarse que el neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, busca explicar el funcionamiento de las constituciones, mientras que el NCL examina «*las esferas axiológica, normativa y empírica del desarrollo constitucional*». (Alterio, 2021, p. 93).

Conviene aclarar que la supremacía constitucional puede ser asemejada a la rigidez constitucional, pero ambas nociones son disímiles. La primera busca la aplicación irrestricta de la Constitución; la segunda pretende que los contenidos constitucionales no sean modificados mediante procedimientos simples.

En el NCL, además, se exige que esos cambios sean avalados por el poder constituyente.

La rigidez constitucional en el NCL está guiada por la amplia participación democrática del pueblo, mediante canales de deliberación que varían entre ordenamientos jurídicos. Sin embargo, ello no aleja por completo la objeción democrática, debido a las mayorías parlamentarias exigidas y a la calificación que realizan los tribunales constitucionales al momento de la reforma. (Alterio, 2021, p. 93).

Como se vio, la necesidad de constitucionalizar el ordenamiento jurídico mediante el carácter normativo de la Constitución y el principio de supremacía constitucional constituye un elemento común entre el neoconstitucionalismo y el NCL. En efecto, la capacidad transformadora del ordenamiento jurídico en el NCL se atribuye, en gran medida, a la fuerza normativa del texto constitucional, que busca gobernar todas las relaciones sociales mediante verdaderos mandatos normativos que deben ser garantizados (Uprimny, s. f., p. 13). Así puede observarse que, en los sistemas de control de constitucionalidad, el NCL entrega cierta preponderancia a los jueces frente a los demás poderes públicos, estableciendo incluso facultades en cabeza de los jueces ordinarios para la defensa de la Constitución, aunque con limitaciones interpretativas en algunos casos. (Viciano & Martínez Dalmau, 2016, pp. 1239-1240).

Ahora bien, frente a la garantía jurisdiccional de la Constitución, Kelsen (2016, pp. 59 y ss.) la aborda desde la producción del derecho, entendiendo que la Constitución subordina al resto de normas del ordenamiento jurídico. Por esta razón, solo puede entenderse como Constitución aquella norma que tiene una estructura jerárquica de superioridad frente a las demás normas. En este sentido, la atribución de facultades o competencias constitucionales a los jueces ordinarios en el NCL implica, a su vez, una constitucionalización del ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista político, ello supone el sometimiento de las actuaciones de los poderes constituidos al poder constituyente; en términos jurídicos, se traduce en la «*subordinación del imperio de la ley a los principios, valores y reglas de la Constitución como fin ulterior de la sociedad democrática*» (Zeballos & Cáceres, 2019, p. 167).

García Figueroa (2003, pp. 159-186) ha indicado que la constitucionalización del ordenamiento jurídico implica un cambio en el derecho mismo, modificando aspectos materiales, normativos, funcionales y estructurales del poder. Materialmente, porque las nuevas constituciones emplean múltiples elementos axiológicos y morales contenidos en principios, valores y derechos constitucionales. Normativamente, porque se genera un cambio de paradigma al concebir las normas no solo como reglas, sino también como principios jurídicos, cuyo

campo de interpretación es amplio. Funcionalmente, porque la asunción de principios jurídicos en las nuevas constituciones implica una transformación en la forma de resolver los conflictos jurídicos, siendo necesario acudir a la ponderación entre principios, en tanto las estructuras clásicas de resolución de antinomias resultan insuficientes en el nuevo modelo.

De esta forma, el NCL encuentra como semejanza con el neoconstitucionalismo el carácter principialista que irradia todo el orden jurídico. Al respecto, Alterio (2021) destaca:

> En definitiva, lo que daría cuenta de la evolución que desemboca en el Estado Constitucional no serían tanto los cambios estructurales en los sistemas jurídico-políticos (como la Constitución normativa y rígida) sino el componente de valor, que implica una constitución como ideología. Es decir, una Constitución plagada de conceptos valorativos, cuyos textos normativos son imprecisos para así permitir una interpretación jurídica dinámica, orientada al futuro. Y este segundo rasgo aplica con creces al nuevo constitucionalismo latinoamericano. (pp. 38-39)

De lo anterior puede deducirse que el modelo normativo regido primordialmente por principios conlleva que el poder judicial adquiera un papel protagónico, en detrimento del legislador.

Para Guastini (2003, pp. 52-58), la constitucionalización del derecho implica una Constitución que condiciona los espacios políticos, jurídicos y sociales. Sin embargo, dicha constitucionalización no constituye una atribución cualitativa, sino cuantitativa, de modo que un ordenamiento jurídico puede estar más o menos constitucionalizado. Por ello, el autor enuncia como elementos de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos los siguientes: la necesidad de una Constitución rígida, que diferencie los procesos legislativos de los constitucionales, al punto de tratar algunos preceptos como «inmutables»; la garantía jurisdiccional de la Constitución, que exige mecanismos judiciales para su defensa; la fuerza vinculante de la Constitución; la sobreinterpretación constitucional, de la cual se extrae una multiplicidad de normas que impide la existencia de vacíos jurídicos; la aplicación directa de las normas constitucionales; la interpretación conforme de las leyes, como técnica destinada a evitar contradicciones entre la norma suprema y la ley; y, finalmente, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

La fenomenología del NCL muestra, sin lugar a dudas, ordenamientos jurídicos fuertemente constitucionalizados. Esto ha generado una estrecha conexión con la teoría de la interpretación y aplicación del derecho conforme al canon neoconstitucionalista, orientada a garantizar el carácter normativo de la Constitución y su supremacía frente a las demás normas del orden jurídico.

Las constituciones del NCL son constituciones rígidas, en tanto diferencian los procedimientos de creación de la ley de aquellos destinados a reformar la Constitución. Además, esa rigidez trasciende hacia una visión política del poder constituyente, que separa y limita la reforma ejercida por los poderes constituidos. Se trata, por tanto, de una rigidez «material», en la cual la reforma debe ser avalada por el propio poder soberano (Martínez Dalmau, 2008, p. 287). No obstante, aunque desde el punto de vista procedimental las constituciones del NCL son rígidas, desde el aspecto material existen diferencias de grado: la Constitución colombiana es la menos rígida; la ecuatoriana ocupa una posición intermedia-alta; y las constituciones venezolana y boliviana son las más rígidas, al exigir que las reformas constitucionales sean avaladas por el pueblo.

Frente a la garantía jurisdiccional de la Constitución, el NCL presenta una amplia variedad de mecanismos de control de constitucionalidad, tales como controles *a posteriori*, en concreto, en abstracto, por vía de acción, por vía de excepción y controles automáticos. Por ello, a diferencia de los modelos europeo y norteamericano de control de constitucionalidad, las constituciones del NCL prevén una amplia variedad de mecanismos, lo que traduce la necesidad del constituyente de proteger y defender el texto constitucional frente a las actuaciones de los poderes públicos.

La fuerza vinculante de la Constitución en el NCL es alta. En primer lugar, debido al modelo mixto de control de constitucionalidad adoptado casi unánimemente en estas constituciones; en segundo lugar, por la vinculatoriedad de los preceptos constitucionales, principios, valores, garantías y derechos fundamentales para todas las autoridades públicas e, incluso, para los particulares.

La sobreinterpretación constitucional también ha sido una constante dentro de estos ordenamientos jurídicos. En ellos se acoge una visión principialista de las normas constitucionales, de las cuales se desprenden otras normas implícitas, generando reglas de raigambre jurisprudencial. En muchas ocasiones, ello ha permitido una interpretación extensiva de los derechos, al punto de desconocer la misma voluntad popular. Con todo, el modelo de principios recurrente en el NCL exige aplicar métodos de interpretación acordes con su naturaleza, dado el carácter abstracto y vago de los principios, y teniendo en cuenta los derechos fundamentales como criterios interpretativos que guían todas las actuaciones públicas. (Zeballos & Cáceres, 2019, p. 175).

En cuanto a la interpretación conforme de la ley, el NCL presenta una variedad de tipologías de sentencias que buscan adecuar la ley a la Constitución Política. Estas decisiones profesan respeto por las determinaciones del poder legislativo y tienen como finalidad conservar indemne el ordenamiento jurídico vigente, de manera que la Corte Constitucional adecúe la norma a la interpre-

tación que resulte compatible con la Constitución Política (Martínez, 2000, p. 15). Sus fundamentos se encuentran en el carácter normativo de la Constitución, el principio de efectividad y el principio de conservación del derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-325 de 2009).

A manera de ejemplo, en el caso colombiano, Olano (2004, pp. 576-582) menciona que la CCC ha aplicado técnicas tradicionales de modulación. También es constante observar sentencias que manipulan el contenido mismo de la norma, bajo el entendido de que el control de constitucionalidad no siempre encierra una función de «legislador negativo», sino que puede implicar verdaderas acciones positivas (Guastini, 2015, p. 2080), diversificadas en sentencias interpretativas condicionales, [35] integradoras o aditivas, [36] sustitutivas[37] y apelativas o exhortativas. [38]

35 MARTÍNEZ (2020) indicara: "En cambio, si la Corte retira en su integridad la disposición acusada (sentencia de inexequibilidad), entonces la Corporación está apartando del ordenamiento ciertas interpretaciones de la ley que son conformes a la Carta, con lo cual la Corte se estaría extralimitando en sus funciones, pues estaría expulsando del ordenamiento normas que no vulneran la Carta. La única alternativa razonable es entonces mantener en el ordenamiento jurídico la disposición legal acusada, pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexequibles. Y esto es lo que en algunos otros países denominan una sentencia interpretativa y que en Colombia suele denominarse una sentencia condicionada." (p. 13)

36 "La Corte ha sostenido que las sentencias integradoras son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal." en Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 325 de 2009.

37 "Las sentencias integradoras de tipo sustitutivas se producen en aquellos casos en que la Corte retira del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y procede a llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto que se ajuste a la Constitución Política. Las sentencias sustitutivas son entonces una mezcla de sentencia de inconstitucionalidad simple y de sentencia integradora, en el sentido que si bien en ellas se anula el precepto acusado, éste es reemplazado por un mandato que el propio fallo decide incluir o agregar al ordenamiento. De acuerdo con la doctrina especializada, el tipo de sentencia sustitutiva se caracteriza por adoptar, en forma sucesiva y concurrente, una postura ablativa, por medio de la cual se neutraliza la inconstitucionalidad advertida, y una postura reconstructiva, dirigida a llenar la laguna normativa creada por el vicio de inconstitucionalidad detectado.", en Corte Constitucional, sentencia C- 325 de 2009; GUASTINI (2015, p. 2082) ha definido este tipo de sentencia como: "(…) aquellas sentencias en cuya parte resolutiva se declara constitucionalmente ilegítima una disposición en cuanto prevé, o en la parte en que prevé, una cierta cosa "en lugar de" prever otra, que esta debería `prever para encontrarse conforme a la Constitución".

38 En este punto SAGÜES (2006) señala: "En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (expondremos estas alternativas), encomienda al poder legislativo la sanción de

Respecto de la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces comunes, las constituciones del NCL entregan amplias facultades en materia de control de constitucionalidad a los jueces comunes u ordinarios (Viciano & Martínez Dalmau, 2016, p. 1239). Una muestra de este elemento de constitucionalización del derecho en Colombia se encuentra en la excepción de inconstitucionalidad, entendida como la facultad que tienen los jueces ordinarios de aplicar directamente la Constitución e inaplicar, paradójicamente, una norma infraconstitucional:

> La jurisprudencia constitucional ha definido que «la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales». En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-132 de 2013)

En igual sentido, Pazmiño (2009, p. 43) ha señalado que el modelo mixto de control de constitucionalidad, con tendencia a ser concentrado, ha entregado facultades a los jueces ordinarios para la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Estos jueces fungen como actores primigenios en la defensa de los derechos constitucionales, acercando la justicia constitucional al ciudadano, algo que muchas veces los modelos concentrados no consiguen.

En cuanto a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, las constituciones del NCL ostentan fuertes controles a la discrecionalidad política del legislador. La acción legislativa puede afectar directamente la Constitución cuando resulta contraria a sus disposiciones. En este sentido, al ser cartas políticas eminentemente principialistas, los jueces han optado por modelos neoconstitucionalistas para resolver conflictos, como la ponderación y el principio de proporcionalidad. De esta forma, las actuaciones de los poderes públicos se encuentran dirigidas al cumplimiento de los fines y derechos consagrados en la carta política.

---

un nuevo texto acorde a la Constitución. Puede o no fijarse plazo preciso al respecto.". (p. 193).

En efecto, todos estos elementos implican una interpretación de la Constitución que no es neutral y que, por el contrario, cuenta con rasgos propios que han permeado el NCL:

> En estas condiciones puede sostenerse como lo hace López que el proceso de constitucionalización del derecho en Colombia, así como en los demás países que le han apostado a este tipo de modelos supralegales, supone un criterio hermenéutico más calificado a la hora de resolver situaciones sometidas al derecho, en la medida que la toma de una decisión judicial, a la luz de precedentes jurisprudenciales dictados en clave de constitucionalidad, contribuye a la elaboración de análisis e interpretaciones racionales justificados y razonables, que sean compatibles con las decisiones ya ejecutoriadas, aún cuando el operador judicial se aparte de la decisión que le precede, en todo caso justificando su decisión, y demostrando racionalmente que su decisión final se ajusta a parámetros superiores y que se ha llegado a ella a partir de ponderaciones adecuadas fundadas en principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y utilidad.
>
> No es un secreto que el proceso de transformación constitucional de 1991, que incorporó los elementos centrales del llamado neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo al espectro jurídico y político colombiano, pretendió ser una bitácora que permitiera establecer las bases para la reducción de la violencia y la búsqueda de un proceso de paz. De ahí que el modelo de la Constitución Política de 1991 fuera vista en sus inicios como el posible instrumento para alcanzar la reconciliación social en torno a principios jurídicos de pretensión universal, como la justicia, la paz, la solidaridad, la equidad, entre otros. (Zeballos & Cáceres, 2019, p. 177)

De esta manera, la constitucionalización del ordenamiento jurídico implica la afectación directa de los principios y reglas constitucionales en la vida social. Se destaca, entonces, que la sobreinterpretación de la Constitución constituye uno de sus ejes fundamentales, en tanto posee una capacidad invasora que condiciona las relaciones políticas, jurídicas y sociales. (Villabella, 2014, p. 60).

No cabe duda, entonces, de que, pese a las diferencias ya señaladas entre el neoconstitucionalismo y el NCL, la constitucionalización del ordenamiento jurídico constituye un elemento común entre ambas concepciones, como efecto de la Constitución normativa y de la supremacía constitucional (Benavidez, 2016, p. 176). Sin embargo, no debe perderse de vista que la constitucionalización del ordenamiento jurídico en el NCL viene precedida de un axioma democrático (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, p. 19). Esto demuestra que existen puntos de encuentro entre el neoconstitucionalismo y el NCL, pero que este último incorpora elementos propios de las dinámicas sociales latinoamericanas (Villabella, 2017, p. 954).

En ese orden de ideas, el neoconstitucionalismo es fruto de amplios estudios de teoría del derecho que buscaban responder a las nuevas dinámicas de las constituciones de posguerra. El NCL, en cambio, es un fenómeno que nace de reivindicaciones populares orientadas a suprimir las amplias brechas de desigualdad y discriminación de las sociedades latinoamericanas. Por ello, todavía se trata de una teoría en construcción doctrinal, que se nutre de cada nueva experiencia constituyente (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 7). En esa medida, ha sido definido como un constitucionalismo «rupturista, experimental, contradictorio, transformador»,[39] que busca generar soluciones a las problemáticas sociales, no desde visiones eurocéntricas, sino desde ideas propias y apegadas a su contexto. No obstante, al ser una teoría en constante evolución, también presenta puntos de contradicción, no asumidos o ya predispuestos, como ocurre con la interpretación de la Constitución. En este sentido, una de sus principales contradicciones ha sido planteada en los siguientes términos:

> Sin embargo, debemos señalar que en las tesis propugnadas por los defensores del nuevo constitucionalismo latinoamericano surge una tensión intrínseca, debido a que, por un lado, defienden textos constitucionales cargados de principios, en los cuales la última palabra en materia de interpretación le es encargada a los tribunales constitucionales, y, por otro, defienden la idea de un modelo democrático participativo en donde los ciudadanos pueden definir en último término los significados de los contenidos constitucionales. En definitiva, lo que queremos decir es que las dos pretensiones obedecen a modelos contrapuestos. Si bien, la observación es desde un plano teórico, genera problemas a la hora de su implementación en las constituciones. (Benavidez, 2016, p. 177)

Viciano y Martínez Dalmau (2010) señalan que las constituciones del NCL son eminentemente principialistas:

[39] En este mismo sentido, VILLABELLA (2017) indica como tesis que defiende el NCL: "se eleva el papel de los principios dentro del discurso constitucional, desarrollando una ética pública potenciadora de la dignidad humana y la convivencia cívica; se diagrama un sistema inédito de vías e instituciones de participación directa, que cualifican al modelo democrático e instauran una interactuación del poder político con el titular de la soberanía; redimensionan la igualdad al legitimarla desde las diferencias (género, étnicas, culturales), para lo cual consagran políticas de discriminación positiva y acciones afirmativas; apuestan por un modelo jurídico intercultural que se erige sobre la plurinacionalidad, sobre la plurietnicidad y sobre la pluriculturalidad de las sociedades; amplían los derechos fundamentales a partir de la consagración de nuevas figuras, el refrendo de derechos a personas y grupos de atención prioritaria, el reconocimiento de derechos a colectivos, comunidades y nacionalidades, y la legitimación de los derechos del buen vivir que preconizan la satisfacción de necesidades básicas; configuran un nuevo esquema de desarrollo económico en articulación con la naturaleza.", (pp. 954- 955).

El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la Constitución en su integridad. El hecho de que las constituciones rijan sobre sociedades plurinacionales no obsta para que los principios clásicos convivan en nuevas fórmulas simbióticas que deben ser consideradas como verdaderas innovaciones del constitucionalismo. (p. 29)

En consecuencia, ese especial componente principialista de los textos del NCL desemboca en un elemento conflictivista y complejo. Es conflictivista porque la coexistencia de principios dentro de estos textos implica escenarios de confrontación de derechos que pueden tener efectos adversos frente a uno de ellos; y es complejo por las contradicciones que estos principios pueden presentar en muchos casos, incluso frente a las dinámicas propias del Estado constitucional. (Pazmiño, 2009, p. 50).

El neoconstitucionalismo termina siendo una teoría del poder que privilegia las actuaciones del poder judicial sobre las demás ramas del poder público, generando desbalances democráticos que podrían desconocer la soberanía en manos del pueblo (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 71). El NCL, por su parte, se erige como una teoría de la Constitución que recupera la visión democrática de los textos constitucionales, aunque formalmente se asemeja a las teorías neoconstitucionalistas en la asunción del principio de supremacía constitucional como elemento propio del Estado constitucional (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 75). También comparte la adopción de un amplio espectro de principios y reglas que buscan la aplicación directa de la Constitución, la centralidad del juez para la defensa constitucional y la necesidad de un método específico de interpretación de la Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, que apele a especiales componentes políticos (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, pp. 77-78).

Ello hace imperiosa la integración de una serie de elementos tanto externos como internos:

> (…) requiere, por lo tanto, de un intérprete auténtico sustitutivo que realice la función de intérprete constitucional, y que en los casos del sistema de control concentrado de constitucionalidad es habitualmente, el tribunal constitucional. Por otro lado, la interpretación de la Constitución democrática obedece necesariamente a criterios metajurídicos, políticos, porque apela a la voluntad constituyente. Por el contrario, el juicio de constitucionalidad de una norma infraconstitucional solo debe tomar como criterio si esa norma es compatible o no con lo que indica el texto constitucional. Es decir, debe determinar el significado de dicha norma

> en interrelación con el texto constitucional, lo que reconduce el mecanismo de interpretación al criterio sistemático/conceptual. (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 78)

Así, no cabe duda de que el neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, tiene efectos relevantes en la teoría de la Constitución del NCL en lo relacionado con la aplicación de las normas constitucionales. Sin embargo, el NCL encierra otros aspectos, como las relaciones de poder que se dan en el seno de la Constitución. (Martínez Dalmau, 2015, p. 54).

De esta forma, puede afirmarse que en el NCL existen elementos necesarios, propios de su ontología democrática y con sustento expreso en los textos políticos, pero también elementos contingentes que provienen, en mayor medida, de la cultura jurídica neoconstitucionalista y que tienen incidencia directa en la interpretación constitucional. Esta influencia se explica por la estructura normativa del NCL y por la ausencia de límites interpretativos suficientemente precisos. Así, la justicia constitucional del NCL asume múltiples elementos de las teorías neoconstitucionalistas, situación extrapolable a la interpretación constitucional, en la que intervienen varios aspectos críticos de esa teoría. (Salazar, 2011, pp. 290-291).

En consecuencia, como elementos necesarios del NCL que retoman la ontología del poder constituyente pueden identificarse: (1) los amplios catálogos de derechos; y (2) una visión amplia de los derechos humanos. Por su parte, como elementos contingentes derivados de la recepción de la cultura jurídica neoconstitucionalista se encuentran: (1) la sobreinterpretación de la Constitución; (2) la preponderancia de los principios sobre las reglas; (3) la ponderación como método de solución de conflictos entre principios; y (4) una visión fuerte del precedente jurisprudencial.

1.4.2.1.- Elementos necesarios y contingentes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: ¿una confluencia de elementos normativos con el neoconstitucionalismo?

1.4.2.1.1.- 1.4.2.1.1. La extensión de los derechos constitucionales: una visión transformadora, emancipadora y pluralista de la Constitución

Como elemento formal, las constituciones del NCL son textos políticos extensos que representan, en sí mismos, su complejidad. Su finalidad consiste en superar el nominalismo de épocas anteriores y, por el contrario, dejar plasmada con la máxima claridad posible la voluntad del poder constituyente, de manera que se impida la modificación o subversión del texto por parte de los poderes constituidos. Así, la extensión de estos textos puede observarse desde una doble vía: como amplificación de los derechos de los ciudadanos y como limitación a los poderes constituidos, lo cual garantiza la voluntad constituyente. Además, la

amplitud de los textos constitucionales conlleva una complejidad orientada a permitir la transición de la sociedad hacia mejores condiciones de vida (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, pp. 30-31). Alterio (2021) señala:

> Asimismo, el NCL ha optado por cartas de derechos extensísimas y altamente específicas, que para sus críticos, generan antinomia o hacen perder fuerza normativa de las constituciones (por estar alejadas de su efectiva realización), pero que se entienden si prestamos atención a lo novedoso del modelo desde el sujeto constituyente. (p. 103)

De manera general, las constituciones del NCL prevén amplios listados de derechos que constituyen una respuesta al constitucionalismo liberal nominalista clásico, «que no se preocupaba ni por la individualización ni por la colectivización de estos» (Belloso, 2015, p. 28). A su vez, buscan extender y precisar el mandato del poder constituyente frente a los demás poderes públicos en el desarrollo del texto constitucional. Por ello, aunque se trata de constituciones principialistas, también son constituciones normativas, en atención a los múltiples medios y mecanismos previstos para el desarrollo de los derechos constitucionales. (Errejón, 2013, pp. 95-96).

Aunado a ello, las constituciones del NCL se encuentran atravesadas por elementos simbólicos que cumplen una especial función política. Se trata de textos con vocación innovadora, que han intentado articular espacios de participación del pueblo en el momento posconstituyente para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y legitimar los ámbitos de actuación de los poderes constituidos (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 16). Lo anterior se acompasa con un amplio catálogo de principios constitucionales y normas con especiales componentes axiológicos. (Villabella, 2014, p. 67).

Asimismo, por su amplitud y extensión, las constituciones del NCL terminan siendo textos constitucionales «reglamentarios», en razón de tres necesidades:

> a) que los distintos poderes se vean obligados a darle más eficacia a derechos que se concretan; b) la generación de un modelo integral que aúne de forma completa las distintas generaciones para conectar una función técnico-constitucional con la realidad social; y, c) una función didáctica e integradora en unas sociedades con altas tasas de analfabetismo y un muy alto analfabetismo funcional en cultura cívica. (Noguera & Criado, 2011, p. 30)

A partir de lo anterior, puede señalarse que se trata de constituciones de carácter garantista, en tanto buscan dar aplicación a todos los contenidos constitucionales; transformador, dado que pretenden generar cambios en la realidad social de los pueblos latinoamericanos; y emancipatorio, en cuanto buscan crear condiciones de igualdad para comunidades históricamente excluidas.

Por ello, al hablar de estos textos constitucionales también se alude a su capacidad innovadora, emancipatoria respecto de los pueblos históricamente subordinados, revolucionaria, programática, pluralista y social. En esa medida, se convierten en constituciones dirigentes por los variados fines que persiguen, aunque, al mismo tiempo, por su carácter amplio y abierto, promueven la deliberación entre los ciudadanos y los órganos de poder (Sousa & Streck, 2014, pp. 126-138). Empero, la amplitud de derechos contenidos en los textos constitucionales conlleva el peligro de que estos sean meramente nominales. Esta situación, sin embargo, se corrige mediante la atribución de verdadera fuerza normativa a la Constitución por parte del poder constituyente. (Sousa & Streck, 2014, p. 137).

Desde una posición escéptica, Gargarella (2015, pp. 115-116) señala que las constituciones del NCL se encuentran conformadas por una parte dogmática y una parte orgánica. La primera representa la novedad en el constitucionalismo latinoamericano, mientras que la segunda conserva las formas clásicas de organización del poder. Por ello, el autor caracteriza estas constituciones como hostiles a los derechos. Al respecto, indica:

> La realidad ha venido a demostrar lo contrario: los cambios estructurales que nuestras constituciones prometen, en materia de derechos, se tornan imposibles si es que no están apoyadas por una organización del poder también democratizada. El poder concentrado, lamentablemente, siempre termina obstaculizando la expansión del poder ciudadano capaz de amenazar o poner en riesgo su autoridad suprema. (Gargarella, 2015, p. 172)

Asimismo, GARGARELLA resulta aún más explícito al sostener:

> El problema es que al preservar una organización de poderes que refleja el modelo decimonónico de autoridad concentrada, los reformadores presentan un diseño contradictorio, que termina por socavar las iniciativas en materia de derechos que han priorizado. De este modo, las nuevas constituciones incorporan ideas democráticas y socialmente comprometidas acerca de los derechos, al tiempo que sostienen que una organización política hiper-presidencialista la que ha ahogado el empoderamiento popular prometido por las nuevas constituciones. Para decirlo de modo más simple: las reformas de avanzada en materia de derechos terminan siendo bloqueadas por la vieja estructura política favorable al poder concentrado. (p. 255)

Pese a lo anterior, la parte dogmática de las constituciones del NCL representó una revolución en derechos, al incluir derechos de poblaciones históricamente marginadas, incorporar disposiciones propias de declaraciones de derechos humanos y ampliar el margen de participación democrática del pueblo.

Todo ello debería traducirse en mayores controles a los poderes públicos y en la posibilidad de adopción directa de decisiones por parte del pueblo (Gargarella, 2015, pp. 115-116). De allí que el NCL se presente como un modelo teórico de amplios derechos fundamentales y sociales (Palacios, 2008, p. 53). De la misma manera, estas constituciones han incorporado una amplia gama de derechos fundamentales, sociales e incluso colectivos, lo que permite un abanico extenso de derechos constitucionales que deben ser garantizados por los poderes públicos (Uprimny, s. f., p. 4).

En crítica a la extensión de los textos constitucionales del NCL, Salazar (2013) refiere que se trata de constituciones que no ofrecen condiciones de certeza y seguridad jurídica, debido a que sus preceptos admiten múltiples interpretaciones. Por ello, afirma que son textos complejos, ambiguos y contradictorios, que promueven disputas hacia el futuro, aumentan los conflictos sociales dentro de una sociedad y entregan un amplio margen de discrecionalidad a los poderes públicos, quienes terminan siendo intérpretes directos de la Constitución. Al final, señala:

> Pero si no queremos que esos juzgadores se conviertan en los dueños del (significado del) derecho debemos acotar su margen de interpretación apostando por la coherencia y la precisión del lenguaje constitucional. En estos fallan muchas Constituciones que han adoptado el MDC pero, sobre todo, como se ha intentado ilustrar, es un vicio del que adolecen las tres Constituciones del NCL. (Salazar, 2013, p. 365)

Asimismo, la crítica se dirige a la mezcla de culturas y tradiciones jurídicas que incorporan postulados constitucionales incompatibles entre sí. Además, ante una vasta extensión de derechos susceptibles de distintas significaciones e interpretaciones, dicha mezcla puede dificultar su aplicación. (Salazar, 2009, pp. 187-188).

Debe considerarse que la extensión de derechos de los textos del NCL no necesariamente causa un régimen de inefectividad o incumplimiento que los convierta en constituciones imposibles, como sostiene Salazar (2009). Ello se explica, básicamente, por el amplio catálogo de acciones jurisdiccionales con que cuentan los derechos constitucionales en el NCL. No obstante, el autor sí acierta al advertir el carácter indeterminado y principial de los preceptos constitucionales, que genera amplios espacios decisionales para los jueces. Esta situación se agrava ante la ausencia de límites interpretativos en los propios textos constitucionales. Sin embargo, es necesario advertir que, por la naturaleza misma de la Constitución, esta tiene una esencia eminentemente conflictivista, en tanto los derechos constitucionales no son absolutos y pueden entrar en

constante interacción y contradicción al momento de su aplicación (Martínez Dalmau, 2016, p. 136).

Vale indicar que, entre las constituciones del NCL, la ecuatoriana y la boliviana son las que incorporan más elementos novedosos respecto de la estructura del Estado, buscando generar una ruptura frente a los textos constitucionales fundacionales (Gargarella & Courtis, 2009, p. 21). Por ello, el carácter rupturista del NCL representa un origen constitucional activado mediante movilizaciones sociales que rompen con la institucionalidad vigente ante la deslegitimación del establecimiento. Este elemento se asocia con el carácter transitorio de estas nuevas constituciones, que no son un fin en sí mismas, sino el inicio de la construcción de una sociedad más igualitaria, mediante el establecimiento de nuevos cánones democráticos.[40]

La amplitud de la carta de derechos de estos textos constitucionales ha tenido efectos tanto positivos como negativos. En primer lugar, ha significado la reivindicación de grupos minoritarios históricamente discriminados. En segundo término, la amplitud de los derechos sociales incorporados en estructuras de poder propias del constitucionalismo fundacional ha impedido una verdadera garantía y protección por parte de los jueces, a lo que se suma la falta de condiciones materiales para su efectividad (Gargarella & Courtis, 2009, pp. 21-41). No obstante, la amplitud de derechos y la extensión de las constituciones del NCL han sido proporcionales a la concentración de poder por parte de los jueces, reforzando el carácter contramayoritario de la Constitución si se tiene en cuenta su naturaleza elitista. Con todo, no puede desconocerse que la positivización de estos derechos ha traído consigo su reconocimiento y aplicación. (Gargarella & Courtis, 2009, pp. 28-32).

Desde la ontología del NCL, se ha hablado de un constitucionalismo de transición que permite el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos a partir de la autoconciencia del pueblo como poder soberano (Martínez Dalmau, 2014, p. 118). Ello hace que la Constitución pueda mutar por decisión popular, convirtiendo al poder constituyente en un actor político permanente

40 ERREJON (2013) preceptuado sobre lo descrito: "En medio de una situación de ruptura de los antiguos equilibrios y profundas fracturas sociales heredadas de las políticas neoliberales, las Asambleas Constituyentes no tenían sólo la misión de producir una nueva norma suprema sino, antes incluso, de ser un marco democrático de reconstrucción de la comunidad política y la confianza pública, y de redefinición e institucionalización de los nuevos sentidos, horizontes comunes y la nueva correlación de fuerzas. Este objetivo marca la intensidad de la disputa en su seno entre diferentes proyectos o entre la voluntad constituyente y la conservadora de quienes acudieron a los procesos para minimizar su impacto y conservar lo más posible el viejo statu quo– pero también su condición de "constitucionalismo experimental". (pp. 94-96).

de naturaleza transformadora (Viciano & Martínez Dalmau, 2016, pp. 1241-1242). De esta forma, el carácter transitorio es concurrente con la construcción de una conciencia social emancipatoria que busca articular mayor legitimidad democrática para la mejora de las condiciones de vida de la sociedad. Así, la Constitución no pretende ser la terminación de la voluntad constituyente ni perdurar como creación última y perfecta, sino que puede ser modificada por el pueblo cuando este lo demande (Martínez Dalmau, 2009, pp. 269-270). En palabras de Martínez Dalmau (2009):

> El constitucionalismo de transición implica la existencia de constituciones rígidas y flexibles al mismo tiempo; rígidas porque no pueden modificarse en su sustancia sin el consentimiento directo del pueblo, y no (solo) por medio de sus representantes; flexibles. Porque podrán ser modificadas cada vez que el pueblo así lo decida, incluso de forma directa y sin la aprobación del poder constituido como requisito. (p. 270)

Así, la noción de poder constituyente implica que las constituciones sean normas de cambio (Martínez Dalmau, 2012a, p. 305) desde dos enfoques. En primer lugar, desde un punto de vista formal, en tanto pueden ser modificadas por el poder constituyente cuando este lo considere necesario. En segundo lugar, desde un punto de vista material, como normas con capacidad de transformar la realidad social, económica y política de un Estado.

Este constitucionalismo resulta consecuente con un modelo, en principio, complejo y conflictivista, que denota una amplitud de fines y valores orientados a permitir que el pueblo alcance sus objetivos mediante cauces institucionales. Por ello, las constituciones del NCL fueron creadas para superar condiciones de ingobernabilidad y, en esa medida, satisfacer las demandas de la sociedad, así como permitir que el sistema político reaccione a ellas (Noguera, 2013, p. 154). Así las cosas, la capacidad transformadora y conflictiva de la Constitución tiene una doble dimensión en el NCL: como Constitución normativa, con las características ya revisadas, y como Constitución sociológica, que enfrenta las condiciones de injusticia que pueden ser provocadas por los poderes públicos y que terminan constituyendo una contradicción frente a la carta política.[41] Por ello, la noción de soberanía popular y la legitimidad democrática de las constituciones del NCL tienen un efecto directo en su contenido institucional,

[41] NOGUERA (2013, p. 156) plantea que se hace necesario en la existencia de mecanismos de control a los poderes públicos que permita el enfrentamiento del ciudadano en contra del Estado, pero además de ello, la existencia de instancias democráticas y representativas que garantice los acuerdos entre las partes, que en este caso se trataría de los tribunales constitucionales.

presentándose un desplazamiento hacia la necesidad de transformación social que buscan estos textos normativos. (Martínez Dalmau, 2009, p. 267).

Sin embargo, ese carácter maleable de las normas no debe operar del mismo modo frente a los poderes constituidos, precisamente por la noción de poder constituyente. En consecuencia, puede hablarse de un amplio margen de discrecionalidad del pueblo para definir la primacía de determinado principio en un momento concreto del debate político, pero dicho margen debe reducirse cuando se trata de los poderes constituidos. Esta será una verdadera respuesta a la ontología del NCL.

Las constituciones del NCL han incluido amplios mecanismos de defensa que atribuyen poderes constitucionales a los jueces ordinarios, reafirmando el carácter normativo y supremo del texto constitucional (Viciano & Martínez Dalmau, 2016, pp. 1239-1240). Estos elementos, propios del neoconstitucionalismo, terminan siendo comunes al NCL.

Finalmente, las constituciones del NCL son textos complejos que desarrollan una mirada fenomenológica, constructivista y crítica, en razón de que incorporan una amplia variedad de formas de organización política, social y cultural. En ellas se mezclan visiones históricamente tradicionales y de vanguardia, lo que permite que, con el paso del tiempo, se incorporen cada vez más elementos novedosos a sus dinámicas institucionales. (Navas, 2017, pp. 9-14).

Dentro de esa misma complejidad, el NCL articula elementos propios del mundo occidental, como las declaraciones universales de derechos humanos e incluso la positivización de normas propias del derecho internacional. Sin embargo, no puede perderse de vista que el contenido axiológico de la Constitución permite un pluralismo jurídico expresado en el reconocimiento de los derechos de grupos y actores colectivos que representan diversidad e interculturalidad dentro de un mismo escenario político. Se trata, entonces, de constituciones con amplios contenidos filosóficos, sociológicos y culturales que no son propios exclusivamente de la cultura occidental y que revalidan las teorías clásicas del derecho (Belloso, 2015, pp. 28-30). En efecto, la ontología de las constituciones del NCL lleva a cuestionar aquellas concepciones que defienden al poder estatal como única fuente de producción del derecho, abriendo la posibilidad de que en un mismo espacio coexistan varios sistemas jurídicos, en virtud de la capacidad emancipadora del pueblo que legitima su propia producción normativa.

En ese pluralismo jurídico puede vislumbrarse una visión colectiva de la propiedad y de los territorios indígenas,[42] métodos de inclusión de grupos mar-

[42] En el caso colombiano: art. 286: Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades

ginados en la institucionalidad,[43] sistemas jurisdiccionales paralelos pero coexis-

territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.; Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.4. Participar en las rentas nacionales. En Venezuela: art. 119: El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley. Art. 120: El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas; el articulo 124 señala: "Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos."; En Ecuador dirá el articulo 257: "En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones. Además reconoce el carácter imprescptible e inalianable de sus territorios en el artículo 57: "Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley."; En Bolivia la Constitución también desarrollara una concepción de propiedad colectiva de los pueblos indígenas en sus artículos 30, 31 y 32: " En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 4. A la libre determinación y territorialidad. 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.7. A la protección de sus lugares sagrados.

43 En el caso colombiano véase: art. 171: Habrá un número adicional de dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. En Venezuela

tentes,[44] entre otros elementos que tienen vocación de inclusión y emancipación. Todo ello no se da desde la igualdad formal y aparente de derechos, sino desde el reconocimiento de estos grupos como sujetos de especial protección, atendiendo a su cosmovisión particular.

Por ello, las constituciones del NCL, dada su complejidad, presentan una crítica histórica a sus antecesoras y tienen como fin, en sociedades ampliamente diversas, el cierre de brechas sociales y económicas inequitativas. En ese sentido, «su fuerza transformadora proviene de una voluntad de cambio influida por la constatación de la necesidad de recuperar el Estado, de tener más derechos y de fundar otra forma de democracia más intensa» (Navas, 2016, p. 19). De allí que el NCL, en su visión transformadora, emancipadora, revolucionaria y rupturista, surja desde las necesidades de una sociedad más igualitaria y posea un especial componente social, orientado a la integración de toda la sociedad, pero reconociendo su heterogeneidad (Von Bogdandy, 2015, p. 9). Para ello, prevé mecanismos destinados al cierre de esas brechas, tales como mecanismos de participación democrática, cláusulas mínimas de representación, un catálogo

el articulo 125: " Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.

44 En Colombia se desarrolla una jurisdicción indígena en su artículo 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional."; En Ecuador se desarrolla una justicia indígena señalando en el artículo 171: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.". En Bolivia el articulo 179 constitucional presentara una innovación al hacer parte a la justicia indígena de la estructura propia de la rama judicial del poder público indicando: " La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; 1. la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. 2. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

amplio de derechos sociales y múltiples mecanismos de defensa jurisdiccional, todos ellos sustentos de la extensión de estos textos.

Con todo, el NCL contempla un ámbito de garantía propio de los derechos que se buscan proteger, un ámbito de participación que otorga al pueblo un estatus de verdadero poder político y un ámbito republicano, orientado a la construcción de una institucionalidad capaz de transformar la sociedad a través de la garantía de los derechos y de los mecanismos de participación democrática. (Navas, 2013, pp. 196-197).

Por ello, las constituciones del NCL reconocen la diversidad y heterogeneidad de sus sociedades, generan condiciones de igualdad y reivindican los derechos de grupos históricamente discriminados, incorporándolos además en su estructura orgánica.[45] Así, ante la amplitud de derechos consagrados, el NCL es definido como un constitucionalismo «aspiracional-transformador», que busca el ejercicio de nuevas formas de participación del pueblo en las decisiones trascendentales y, a su vez, eliminar las brechas de desigualdad existentes desde la colonia. En efecto, «más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir» (Navas, 2013, pp. 12-13). En cualquier caso, esa amplia gama y extensión de derechos hace que estas constituciones sean adscritas a modelos normativos propios del neoconstitucionalismo.

De cualquier manera, la amplitud del elenco de derechos, el carácter garantista de las constituciones, el pluralismo jurídico que estas permiten, la estipulación de múltiples mecanismos de participación popular, su diseño republicano y la garantía de la supremacía constitucional terminan convirtiendo estos textos en normas complejas. (Salvador, 2022, p. 93).

45 UPRIMNY (s.f.) dirá frente a esto: "las reformas constitucionales amparan especialmente a grupos tradicionalmente discriminados, como los indígenas y las comunidades negras, a los cuales incluso, en ciertos países, se les reconocen derechos especiales y diferenciados de ciudadanía, en la medida en que se establecen circunscripciones especiales de representación política para estas comunidades, se reconocen sus lenguas como lenguas oficiales y se les reconoce un poder judicial propio y autonomía en sus territorios para la decisión de ciertos conflictos, de acuerdo con sus cosmovisiones. Por ello, según ciertos analistas, estas constituciones no sólo avanzaron hacia una idea de identidad nacional pluralista sino que incluso habrían incorporado elementos y formas de ciudadanía diferenciada y multicultural.", en "*Las transformaciones constitucionales recientes en América latina: tendencias y desafíos*.". (p. 3)

1.4.2.1.2.- La apertura del derecho internacional y la protección de los derechos humanos desde el NCL

Las constituciones del NCL, desde una idea de constitucionalismo común, revalorizan y otorgan especial importancia al papel del derecho internacional en el orden interno, reconociendo la fuerza normativa de los convenios y tratados internacionales de derechos humanos y su primacía frente a las normas nacionales (Sousa & Streck, 2014, pp. 133-134). Por ello, la garantía de los derechos humanos cumple una función instrumental, en tanto busca crear condiciones de igualdad social y política, así como consolidar una visión democrática de estos Estados desde la defensa irrestricta de los derechos humanos. (Von Bogdandy, 2015, p. 3).

Para incorporar los derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, el NCL ha hecho uso de la noción de bloque de constitucionalidad como elemento transformador-transformado. En efecto, aunque su conceptualización y origen primigenio no preveían necesariamente la incorporación de normas supranacionales,[46] en la experiencia latinoamericana esta nueva concepción ha permitido el robustecimiento de algunos derechos constitucionales y la asunción de otros desde una perspectiva en clave de derechos humanos. En consecuencia, se ha señalado que «la función principal del plano internacional consiste entonces en inclinar la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora». (Von Bogdandy, 2015, p. 30).

Gargarella (2018, p. 116) señala que, a raíz de las constantes dictaduras ocurridas en Latinoamérica, las constituciones del NCL fueron ampliando su espectro de protección de los derechos individuales mediante la incorporación de tratados de derechos humanos, incluso al punto de reconocerles jerarquía

46 VON BOGDANDY (2015) indica: "La apertura de la estatalidad opera doctrinariamente con la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, una figura importada de Europa, pero ingeniosamente adaptada a la realidad latinoamericana. El Consejo Constitucional francés fue quien la desarrolló para crear una jurisdicción constitucional a partir de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de la Cuarta República. El Tribunal Constitucional de España modificó esta figura y a través de la misma incorporó la legislación ordinaria sobre la organización territorial española al derecho constitucional. Así, reconoció el valor superior de los Estatutos de Autonomía, lo cual fomentó un mayor equilibrio entre el Estado central y las comunidades. Se ve entonces que mientras en Francia y España la figura se utiliza para incorporar normas del derecho estatal al derecho constitucional, en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad se utiliza para integrar normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico estatal, lo cual fortalece argumentativamente a los tribunales que apoyan una transformación democrática." (pp. 29-30)

constitucional o supralegal. En este contexto se conceptualiza la noción de bloque de constitucionalidad. Por otro lado, el autor argentino advierte que la amplitud de estas constituciones en materia de derechos no resulta igualmente novedosa en las formas de organización del poder, lo cual constituye un óbice para su garantía plena, dado que no han sido acompañadas de verdaderas condiciones materiales para su efectividad (Gargarella, 2018, p. 117).

De la misma forma, Uprimny (s. f., p. 5) ha indicado que los textos constitucionales del NCL han incorporado derechos de orden constitucional no solo mediante la constitucionalización directa de tratados y convenios de derechos humanos, sino también a través de cláusulas de remisión que constitucionalizan este tipo de instrumentos internacionales. Además, se ha pregonado una visión no restrictiva de los derechos humanos, de modo que pueden tener fuerza vinculante incluso aquellos derechos que no tienen sustento directo en la Constitución.

En el mismo sentido, ha sido una constante la apertura constitucional a las normas de derecho internacional de los derechos humanos, haciéndolas aplicables al contexto nacional mediante la figura del bloque de constitucionalidad. También se han contemplado cláusulas de reconocimiento de derechos, relaciones de dependencia e indivisibilidad entre ellos, sean de contenido nacional o internacional, y criterios de interpretación de carácter internacional. De esta forma, en el NCL ha sido constante la ratificación de múltiples instrumentos de derecho internacional que propugnan por la defensa de los derechos constitucionales, generándose una situación de reforzamiento normativo. (Noguera, 2010, pp. 124-125).

Así las cosas, en gran medida el NCL acoge una visión monista del derecho internacional de los derechos humanos, pero sin implicar la subordinación absoluta del derecho interno frente a aquel (Kelsen, 2009, pp. 50 y ss.). En cambio, revalida una posición de jerarquía normativa respecto del derecho nacional y ancla un sistema de coordinación entre normas nacionales e internacionales, o una teoría integradora que defiende la complementariedad entre el derecho internacional y el derecho interno,[47] con el fin de favorecer los derechos de los ciudadanos mediante la aplicación directa de las normas sobre derechos humanos. (Noguera, 2010, p. 129).

47 CABRERA (2014) señala: "La teoría coordinadora o conciliadora, que parte de la unidad de las distintas normas jurídicas en un solo sistema, pero no acepta que las relaciones entre el derecho internacional y el interno sean de subordinación del segundo al primero, sostiene que, en realidad, entre ambos sistemas, se establecen relaciones de coordinación," (p. 59)

Por ende, el derecho internacional sirve para reforzar los derechos constitucionales contenidos en el texto matriz y funge como límite a los poderes públicos, en tanto incorpora obligaciones para los poderes ejecutivo y legislativo que robustecen el carácter objetivo de los derechos constitucionales. Estos se convierten así en verdaderas garantías que los jueces deben tener en cuenta y proteger en sus decisiones. (Noguera, 2010, pp. 130-131).

La acepción de «derechos constitucionales» en las constituciones del NCL comprende tanto los derechos consagrados expresamente en los textos constitucionales como aquellos previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los que resultan inherentes al ser humano. Por ello, la ausencia de consagración expresa no niega su aplicación, ya que, aun cuando no estén enunciados directamente en la Constitución, pueden guardar una estrecha relación con los componentes axiológicos del texto constitucional. Esto reitera la especial condición emancipatoria de la Constitución y conlleva la amplificación de estos derechos como prerrogativas populares. (Brewer-Carías, 2017, pp. 5-6).

No cabe duda de que la constitucionalización del derecho internacional y su prevalencia sobre el orden interno constituye una de las principales características del NCL. Esta genera una nueva apreciación del sistema de fuentes, en la cual los tratados y convenciones de derechos humanos adquieren rango constitucional a través de la noción de bloque de constitucionalidad. Desde esta perspectiva, las constituciones del NCL superan la visión dualista del derecho internacional, que exigía su refrendación parlamentaria para la incorporación al orden interno y, con ello, le atribuía fuerza normativa de ley, sin alcanzar rango constitucional en virtud del principio de soberanía nacional.

Con todo, mediante la superación de esta teoría y la constitucionalización del derecho internacional, el constituyente ofrece una vía intensa para la protección de los derechos humanos a través de una interpretación sistemática y obligatoria de estos instrumentos como verdaderas normas constitucionales. Del mismo modo, esta intención del constituyente expresa nuevas formas de interacción en el ordenamiento jurídico, que convierten las normas relativas a derechos humanos en referentes hermenéuticos que deben ser reintegrados a los sistemas constitucionales. Así, los operadores jurídicos nacionales quedan obligados a aplicar en sus decisiones no solo las normas de carácter nacional, sino también aquellos referentes internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad. (Pazmiño, 2009, pp. 34-37).

Ahora bien, el NCL ha tenido una apertura al derecho internacional desde la noción de bloque de constitucionalidad y desde la cláusula innominada de derechos constitucionales, que permite la integración al texto supremo de cualquier derecho inherente al ser humano. De allí que las críticas orientadas a

cuestionar la legitimidad de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por considerarla contraria a la noción de poder constituyente como poder soberano y por atribuirle un carácter antidemocrático a su jerarquía normativa a partir del principio *pacta sunt servanda* (Ruiz, 2017, p. 136), terminan siendo articuladas en el NCL mediante una cláusula creada por el propio constituyente.[48], Esta legitima la protección de los derechos constitucionales a través del refuerzo del derecho internacional de los derechos humanos.

La noción de bloque de constitucionalidad tiene una estrecha relación con el carácter transformador del NCL, que funciona en una lógica del presente hacia el futuro. Así, pese al carácter histórico de la Constitución, se hace imprescindible concebir normas que respondan a nuevas dinámicas sociales, económicas y políticas, permitiendo la actualización del ordenamiento jurídico mediante disposiciones orientadas a una mayor protección de los derechos y a la superación de las causas que dieron lugar al momento constituyente. En este sentido, el derecho internacional tiene una función de actualización del ordenamiento jurídico frente a una realidad presente que no era plenamente perceptible en el momento constituyente y que evita el desuso de la carta política. (Estrada, 2011, p. 56).

En este punto, el bloque de constitucionalidad en el NCL y su fuerza normativa dentro de cada sistema constitucional presentan variaciones. En algunos sistemas se observa una integración de los derechos humanos a la categoría de derechos constitucionales; en otros, se reconocen como derechos con mayor jerarquía que la ley, pero con menor fuerza jerárquica frente a la Constitución.

En Colombia, la Constitución de 1991 apostó por una naturaleza bifronte de los derechos constitucionales, por cuanto no solo serán considerados como tales aquellos expresamente positivizados en el texto constitucional, sino también aquellos que derivan de la aplicación de normas de derecho internacional. De esta manera, no solo el texto constitucional contempla derechos constitucionales, sino que además existen otros instrumentos que se integran al ordenamiento jurídico interno y se erigen como normas constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003).

48 SAGÜES (2011) por ejemplo señala: "Las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional: (i) las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe; (ii) no es posibles alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados." (p. 120)

En efecto, la noción de bloque de constitucionalidad contemplada en el artículo 93[49] de la carta política colombiana resulta clara frente a las dos facetas normativas del derecho internacional en el orden interno: de una parte, aquellos derechos contemplados en instrumentos internacionales que resultan esenciales y que no pueden ser suspendidos bajo estados de excepción; de otra, aquellos derechos expresamente reconocidos que, por su naturaleza, sí pueden ser suspendidos y no tienen categoría constitucional, aunque son superiores a la ley. Igualmente, ha sido la misma CCC la encargada de establecer que, en aras de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos, debe reconocerse el carácter vinculante de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, así como de los informes y recomendaciones que surjan de tratados internacionales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2006).

Asimismo, la CCC ha enunciado dos modalidades del bloque de constitucionalidad: una en sentido estricto, conformada por tratados que, por mandato expreso de la Constitución, se integran al texto constitucional y gozan de jerarquía constitucional; y otra en sentido amplio, compuesta por normas con categoría superior a la ley, pero inferior a la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-582 de 1999).

El constituyente de 1991 también previó una cláusula innominada de derechos con el propósito de enunciar de manera amplia un catálogo de derechos humanos que vinculan a los poderes públicos y a los particulares, impidiendo que los poderes constituidos puedan dar un alcance restrictivo a estos derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-883 de 2014). De allí que el artículo 94 de la Constitución contemple la conocida cláusula innominada de derechos, que impide una enunciación taxativa de los derechos constitucionales y, por el contrario, permite integrar cualquier derecho inherente al ser humano. Por este motivo, no ha sido extraño que la Corte Constitucional colombiana haya reconocido derechos no contemplados expresamente[50] en la Constitución,

49 "Artículo 93**.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.", Constitución Política de Colombia, 1991.

50 La Corte Constitucional Colombiana ha reconocido como derechos constitucionales vía cláusula innominada de derechos consagrada en el artículo 94: el derecho a la propiedad colectiva de las poblaciones indígenas (sentencia T- 188 de 1993); el derecho a la filiación (sentencia T- 160 de 2013); el derecho al agua (sentencia T- 129 de 2017); el derecho al mínimo vital (sentencia T-581 de 2011); el derecho; el derecho a la recuperación funcional de un órgano vital (sentencia T- 883 de 2014); entre otros.

pero que, en virtud del artículo 94, resultan ser inalienables, inherentes y esenciales al ser humano.[51]

En el caso colombiano, los instrumentos internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad en sentido estricto limitan la validez de determinadas normas jurídicas infraconstitucionales. A su vez, actúan como fuente de interpretación de los derechos constitucionales y cumplen una función de integración normativa cuando no existe norma aplicable (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003). Por esta razón, las normas de derecho internacional pueden ser invocadas por el ciudadano ante actuaciones vulneradoras de los poderes públicos.

Al igual que en el caso colombiano, en Venezuela la CPV de 1999 estableció una noción de bloque de constitucionalidad para determinar la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno, así como una cláusula innominada que permite la protección de derechos inherentes al ser humano, aunque su consagración no sea expresa en el texto constitucional. En esta medida, el artículo 23 de la CPV contempla que los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado venezolano tienen el mismo rango que la Constitución y ostentan prevalencia frente a las demás normas internas. A su vez, hace explícita su aplicación directa por parte de los poderes públicos. De la misma manera, la cláusula innominada de derechos permite reconocer derechos constitucionales que, pese a no estar consagrados en el texto constitucional, resultan aplicables por su carácter inherente al ser humano.

En el caso ecuatoriano, [52] por ejemplo, se presentan dos categorías según la norma de derecho internacional que se pretenda aplicar. En primer término,

---

51 Sobre estas características las ha definido las Corte Constitucional Colombiana de la siguiente manera: "Podría responderse que inalienable es: "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente: "que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser". (Sentencia T- 883 de 2014).

52 En la Constitución Política del Ecuador se destacan las siguientes normas que determinan la fuerza normativa del derecho internacional en el sistema interno: "Articulo 424: La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".; "artículo 425: El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las

la categorización de derechos constitucionales mediante la noción de bloque de constitucionalidad para aquellos instrumentos que versen sobre derechos humanos. En segundo término, respecto del derecho internacional convencional y los tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos, estos resultan jerárquicamente superiores a la ley, pero de menor jerarquía que la Constitución. (Pazmiño, 2009, p. 35).

La CPB acoge la noción de bloque de constitucionalidad integrando, en apariencia, los tratados de derechos humanos a la Constitución, pero recalcando la supremacía de la Constitución frente a estos. Así, ubica estos instrumentos en un nivel intermedio entre la carta política y la ley:

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

- Constitución Política del Estado.
- Los tratados internacionales.
- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 410)

En este sentido, los tratados internacionales de derechos humanos serán estándares de constitucionalidad para las demás normas del ordenamiento jurídico, así como referentes de constitucionalidad en virtud del principio de supremacía constitucional (Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, art. 4).

---

resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados"; "artículo 426: todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos."

Empero, dicha jerarquía resulta móvil, dado que, si las normas internacionales prevén derechos más favorables en un caso específico, estas se aplicarán sobre el contenido constitucional. Además, se utiliza un criterio de interpretación constitucional conforme a los instrumentos internacionales cuando estos prevean normas más favorables al ciudadano (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 256), generando una tendencia a hacer uso de «la cláusula del individuo menos favorecido, que implica se aplicará al ciudadano la normativa que amplíe en mayor medida sus derechos y garantías» (Noguera, 2010, p. 128).

La fuerza normativa del derecho internacional de los derechos humanos se ha fortalecido a raíz de la noción de control de convencionalidad desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH. Con todo, el alto tribunal internacional ha indicado la obligación que tienen los Estados parte de aplicar las normas de la CADH, incluso frente a contenidos constitucionales[53] contrarios, convirtiéndose en un control que los jueces deben aplicar de oficio.[54] En ese sentido, estos no

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Almonacid Arellano vs Chile*: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete ultima de la Convención Americana." En esta misma sentencia, resulta interesante el voto concurrentes del juez Sergio García en tanto señala la necesidad de un control de convencionalidad que integre otras normas diferentes a la Convención Americana de Derechos Humanos: " En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.".

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso "trabajadores cesados del Congreso vs Perú*: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque

pueden realizar un simple ejercicio de constitucionalidad sobre determinada norma acusada, sino que también deben integrar un verdadero ejercicio de convencionalidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Boyce y otros vs. Barbados). También se ha señalado que el control de convencionalidad se extiende a otros instrumentos internacionales de derechos humanos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos transnacionales adquiridos, que a su vez coadyuvan al ejercicio de los derechos constitucionales de carácter nacional.[55]

La doctrina del control de convencionalidad se convierte en una de las principales características del sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuyos componentes coadyuvan a su finalidad: la garantía del principio de supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos y de las interpretaciones que sobre ella realiza la Corte IDH, frente a las normas internas de los Estados parte (Ramos, 2021, p. 81). Por ello, el control de convencionalidad gira bajo la lógica de cuatro principios: exclusión, homogeneización, supremacía y centralización del conocimiento jurídico. Estos buscan universalizar el derecho, pero también pueden operar bajo un razonamiento que desecha saberes jurídicos locales y afecta directamente la autodeterminación de los pueblos.

el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"*ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso "Diario Militar vs Guatemala*: "En relación con los hechos del presente caso, el Tribunal observa que, conforme a la Convención Interamericana contra la Tortura, los Estados tienen el deber de investigar todo acto que pudiera constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que ocurra en su jurisdicción. Dichas disposiciones especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, así como "el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal". (…) La Corte nota que estas obligaciones específicas del Estado, derivadas de las convenciones especializadas referidas, son exigibles al Estado a partir de la fecha de depósito de los instrumentos de ratificación de cada una de ellas (suprapárr. 30), aun cuando no estuvieran vigentes al momento del inicio de ejecución de las desapariciones forzadas y demás violaciones alegadas en el presente caso"; puede verse también en Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Caso Masacres de Rio negro vs Guatemala*,

Por esa razón, se ha hecho necesario diluir esa lógica expansiva de naturaleza monista mediante figuras y visiones interpretativas que concilien las tensiones entre jurisdicciones. Entre estas se encuentran: (1) apelar al diálogo judicial; (2) otorgar algún margen de apreciación interna de la norma internacional; (3) aplicar el principio *pro homine*; y (4) posibilitar la interpretación conforme de la Constitución, entre otras alternativas que permitan un equilibrio entre la supremacía de la Constitución y la importancia de los derechos humanos en el plano interno. En otras palabras, se trata de construir un equilibrio entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. (Huiza, 2021, p. 10).

En este punto cobra especial importancia la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto, como intérprete auténtico sustituto de la Convención, sus interpretaciones se convierten en vinculantes para los jueces de los Estados parte al momento de aplicar el control de convencionalidad. Existe, por tanto, un deber de adecuación de la normativa interna para la protección de los derechos humanos no solo frente a la Convención, sino también frente a la jurisprudencia del alto tribunal internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay). Ello limita el marco interpretativo de los jueces nacionales a lo señalado por el órgano supranacional, tesis que difiere de modelos como el europeo, en el que se reconoce un amplio margen de apreciación del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los jueces de cada Estado miembro (García, 2007, p. 119).

De esta manera, la misma Corte IDH ha indicado que el control de convencionalidad no contempla un modelo ni un órgano específico para su aplicación. Por ello, en aras de brindar un efecto útil a los mandatos convencionales, debe privilegiarse un modelo de control difuso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam), que en ocasiones puede controvertir los modelos internos de control de constitucionalidad. Pese a ello, la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al texto constitucional depende y tiene una especial conexión con el modelo de control de constitucionalidad acogido por cada Estado, en tanto la Constitución misma establece qué órganos y autoridades judiciales aplican de forma directa la Constitución, ya sea bajo un modelo concentrado, difuso o mixto. Así, la aplicación de una norma internacional por determinada autoridad, conforme al mandato constitucional, puede entrar en conflicto con un modelo específico de control de constitucionalidad.[56]

[56] AÑAZCO y AÑAZCO (2022) señalan frente al tema: "En definitiva, la cuestión se torna problemática cuando se pretende aplicar una norma contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos en perjuicio de una norma de orden legal, ya que

Por esto, algunos tribunales nacionales han diferenciado el bloque de constitucionalidad del control de convencionalidad, en tanto ambos persiguen fines distintos. El bloque de constitucionalidad busca garantizar la supremacía constitucional, asegurando la correspondencia del ordenamiento interno con la Constitución Política, integrada a su vez por los instrumentos internacionales definidos por el constituyente. En cambio, el control de convencionalidad parte de la supremacía de la Convención y supone que las normas nacionales estén conformes con la normativa internacional y con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Además de esta objeción al control de convencionalidad desde el control de constitucionalidad, también se han formulado las siguientes críticas: (1) la ausencia de sustento expreso en la Convención; (2) la legitimidad democrática de la Corte Interamericana, que puede anular decisiones de naturaleza popular; y (3) la fuerza normativa relativa de las normas internas (Salvador, 2022, p. 89).

Empero, quienes defienden el control de convencionalidad plantean tres razones principales para su aplicación, sin que puedan oponerse elementos de naturaleza nacional que impliquen una elusión del derecho internacional: (1) la fuerza normativa de la Constitución y el principio de supremacía constitucional implican que las normas de derecho internacional sean aplicables en igual medida que las normas constitucionales; (2) la coherencia interna del ordenamiento jurídico exige que, en las constituciones del NCL, se reconozca y garantice la aplicación y efectividad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluso en detrimento de una norma constitucional cuando la norma internacional sea más favorable; y (3) la necesidad de apelar al efecto útil de la norma convencional implica la adopción de un modelo difuso y obligatorio para cada juez de un Estado parte (Añazco & Añazco, 2022, pp. 114-116).

aquello podría implicar entrar en el ámbito del control difuso o mixto, no reconocidos expresamente en nuestro diseño constitucional, o una trasgresión a la seguridad jurídica, en la medida que se desconocería una norma previa, clara, pública, máxime si se considera que la Corte Constitucional no ha esgrimido criterios concordantes al respecto." (p. 112- 113); En igual sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado: "Como se explicó, no existe un único modelo operativo del CCI. De igual forma, no existe un único efecto derivado del ejercicio del CCI. Así, ambos (el modelo y los efectos) dependen del diseño que adopte cada Estado, en atención a las competencias que la Constitución y la Ley han otorgado a las diferentes autoridades, así como de las regulaciones procesales previstas por cada ordenamiento jurídico nacional. De allí que el CCI pueda conducir a inaplicar cierta ley en un caso concreto, retirarla del ordenamiento jurídico, anular un acto administrativo o modificar una Ley, entre otros. Por tanto, las consecuencias de efectuar el CCI deben determinarse caso a caso." (Corte Constitucional de Colombia, sentencia, C146 de 2021)

Así las cosas, aunque la Corte Interamericana ha indicado que la normativa convencional debe aplicarse en virtud del principio *pacta sunt servanda*, con independencia de la existencia de cláusulas constitucionales que inserten normas de derecho internacional, dichas cláusulas sí resultan importantes para el ejercicio de los derechos convencionales en el ámbito interno, en tanto se articulan con el modelo de control de constitucionalidad definido por el constituyente.

Visto así, la misma tipología interpretativa del control de convencionalidad puede generar contradicciones con el modelo del NCL. Ello ocurre porque la interpretación en materia convencional debe realizarse de buena fe, apelando al sentido corriente de sus términos para garantizar su efecto útil, adoptando la interpretación más favorable a los ciudadanos y acudiendo a una hermenéutica evolutiva (Añazco & Añazco, 2022, p. 109). Esto podría, *prima facie*, desconocer la voluntad popular plasmada en el texto constitucional en un determinado momento histórico.

Esta visión del derecho internacional interfiere, sin lugar a duda, en la forma en que se interpretan estas constituciones, en tanto las mismas normas de derechos humanos traen consigo cláusulas interpretativas propias que se vuelven aplicables en el contexto interno y exigibles para los jueces y tribunales constitucionales. (Noguera, 2010, p. 137).

Ha sido tan amplio el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos como conjunto de normas que se integran al derecho interno, que se habla de un *ius constitutionale commune* latinoamericano, regido ya no exclusivamente por la noción de bloque de constitucionalidad —de carácter eminentemente nacional—, sino por un bloque de convencionalidad extensible y vinculante a los ordenamientos jurídicos de América Latina. Este limita la acción de los poderes públicos y amplifica los efectos de los derechos constitucionales.

De esta forma, la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha llevado a repensar el actual modelo de integración, en tanto el bloque de convencionalidad tiene efectos supranacionales que obligan a todos los Estados parte pertenecientes al sistema regional de protección de derechos humanos. Así, adquiere una vocación supranacional que, particularmente, se integra al orden interno mediante la noción de bloque de constitucionalidad. Por ello, a raíz de la aplicación del derecho convencional, las categorizaciones realizadas por el constituyente al momento de la creación constitucional pueden resultar nugatorias, en tanto el tratado de derechos humanos suscrito tiene fuerza vinculante para el Estado parte en virtud del principio *pacta sunt servanda* (Eto, 2017, p. 308). Sin embargo, en el ámbito interno del derecho constitucional, las normas internacionales deben ser integradas según la forma prevista en las constituciones, sea mediante cláusulas de prohibición, declaraciones universales

o adopción de principios nucleares. En cualquier caso, esa visión convencional termina por ser explicada de la siguiente forma:

> En síntesis, bien podemos identificar al bloque de constitucionalidad, sólo a las normas del orden interno de cada país, y si algunos países, como los ya citados, han incorporado en su bloque a tratados internacionales de derechos humanos, lo que están haciendo es «convencionalizar» su Constitución y en caso de conflicto entre sus normas internas y su «bloque de constitucionalidad», lo que a la postre va a operar es el predominio y la jerarquía de las fuentes de los tratados, pero no porque sean parte del «bloque constitucional», sino que eufemísticamente con dicho nombre se trata de la aplicación de normas materialmente convencionales y no constitucionales y porque los tratados ostentan una jerarquía supraconstitucional. (Eto, 2017, p. 308)

En los ordenamientos jurídicos del NCL se han presentado posiciones institucionales tanto favorables como desfavorables. Por ejemplo, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional acepta la teoría del control de convencionalidad, que se da mediante un vínculo argumentativo e interpretativo que debe tener el juez en el conocimiento de cualquier asunto jurisdiccional. (Corte Constitucional de Ecuador, sentencias 003-14-SIN-CC, 184-18-SE-CC, 11-18-CN/19 y 34-19-IN/21).

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha señalado que el ordenamiento jurídico colombiano es incompatible con la visión supranacional del control de convencionalidad, en tanto ello supondría una mutación constitucional inaceptable: el reemplazo de la Corte Constitucional por una «Corte convencional». De allí que sea aceptable que el juez interprete el texto constitucional de manera armónica con los instrumentos internacionales de derechos humanos integrados mediante el bloque de constitucionalidad, pero no que aplique en sentido estricto el control de convencionalidad como una tesis que considera al derecho internacional supranacional. En este modelo, los instrumentos internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos de la Corte IDH operan como verdaderos referentes hermenéuticos al momento de la decisión judicial. Al respecto, la CCC señaló sobre el control de convencionalidad:

> En suma, la cláusula de apertura al DIDH (artículo 93 CP) y la figura del bloque de constitucionalidad exigen que, para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, la Corte tenga en consideración los instrumentos que, como la CADH, versan sobre derechos humanos que han sido ratificados por el Congreso de la República, para lo cual resulta relevante la interpretación efectuada por los intérpretes autorizados para cada instrumento internacional. Pero esto no supone, de modo alguno, realizar el CCI porque, como se explicó, este implica que la CADH (y la jurisprudencia interamericana) es supraconstitucional, situación que

> es incompatible con la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-146 de 2021)

Por ello, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia como parámetro de validez de las normas internas no suponen la aplicación del control de convencionalidad, por cuanto dichos instrumentos son integrados mediante la noción de bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, son referentes interpretativos en la aplicación del control de constitucionalidad.[57] Esta interpretación adoptada por la CCC pone en evidencia las fuertes tensiones que existen entre el derecho internacional y el derecho nacional, así como la fuerza normativa de uno respecto del otro. No obstante, tiene razón el alto tribunal colombiano al indicar la imposibilidad del carácter supranacional del derecho internacional, en tanto ambas normatividades hacen explícita la aplicación de la norma más favorable al ser humano. De allí que la supremacía de una u otra norma dependa, en realidad, de los efectos que esta produce. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-659 de 2016).

El derecho internacional, como ejercicio de control de convencionalidad, y el derecho nacional, como ejercicio de control de constitucionalidad, tienen finalidades y fundamentos diferentes. En el primer caso, se busca la defensa y garantía de la Convención en virtud del principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*; en el segundo, se pretende la defensa de la Constitución como creación del pueblo en cuanto poder soberano. Por ello, se hace necesario articular ambas visiones. Al respecto, Huiza (2021) señala:

> Las fuerzas en contradicción deben ser agitadas para la complementación y no la polarización. La complementación cognitiva no solo es una garantía para el respeto entre seres humanos, sino es la salvaguarda de la extinción del conocimiento

[57] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-146 de 2021: "En suma, el artículo 93 de la Constitución Política es una cláusula de apertura al DIDH cuyo contenido y alcance ha sido precisado por la Corte mediante la figura del bloque de constitucionalidad. Esta herramienta jurídica permite explicar que la Corte utilice como parámetro de constitucionalidad normas que no están en el texto de la Constitución Política y que tampoco tienen rango supraconstitucional. De tal suerte que, "*si bien los tratados de derechos humanos tienen una prevalencia en el orden interno por disposición del artículo 93 superior, dicha prevalencia no implica la subordinación de la Constitución al contenido de aquellas*". En efecto, la apertura al DIDH y el bloque de constitucionalidad en ningún caso implican la existencia de normas superiores a la Constitución Política pues, a lo sumo, las normas del bloque de constitucionalidad servirán para interpretar los derechos y deberes constitucionales. En otras palabras, las normas de DIDH incorporadas al bloque de constitucionalidad, ya sea en sentido estricto o amplio, sirven para interpretar la Constitución y para determinar si una ley en particular se ajusta al texto constitucional, pero no es un parámetro autosuficiente para analizar la validez de la legislación nacional."

> de los grupos humanos. En un lenguaje jurídico, si bien el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen su campo de acción en distintos espacios; empero, los dos tienen la misión fundamental de hacer efectivo los derechos y libertades de las personas, siendo que deberán ser manejadas de manera complementaria, favoreciendo siempre a la justicia en sus ámbitos de aplicación. (p. 27)

Finalmente, el caso venezolano ha sido renuente a la aplicación del control de convencionalidad e incluso ha atacado su legitimidad, por considerar que su aplicación representa una usurpación de funciones otorgadas por el pueblo a autoridades estatales.[58] Esta posición apela a una teoría del nacionalismo constitucional absoluto, según la cual, cuando se presente una antinomia entre el derecho internacional y el derecho interno, primarán las normas nacionales. Ello llegó al punto de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitara al poder ejecutivo la denuncia de la CADH (Ayala, 2010, p. 11).

En cualquier caso, la idea de un constitucionalismo latinoamericano común se nutre del NCL y de su apertura al derecho internacional de los derechos humanos, que complementa y fortalece el sistema interno de derechos constitucionales. Esta apertura genera un desarrollo común en materia de derechos, pero también resulta rupturista en la forma de concebir el derecho, haciendo necesaria una visión holística del derecho nacional e internacional (Von Bogdandy, 2015, p. 11). Además, debe destacarse que el poder constituyente creó una doble garantía jurisdiccional de los derechos, en tanto contempló la intervención

58 Tribunal Supremo de Venezuela, sala constitucional, sentencia 18 de diciembre de 2008: "pero en la supuesta constatación por dicha Corte de la violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, dicto pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisible (…). No puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución (…). En caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos(…)" Así mismo, el Tribunal Supremo en su sala constitucional en sentencia 1942 dirá: " las decisiones de los organismos de protección internacional de los derechos humanos (CIDE Y Corte IDH) solo se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establecen la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en la Constitución; y por encima del Tribunal Supremo de Justicia no existe órgano jurisdiccional alguno, por lo que las decisiones de estos órganos internacionales que contradigan las normas constitucionales venezolanas, carecen de aplicación en el país pues lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado venezolano."

de los sistemas internacionales de derechos humanos ante el posible desborde o exceso en las facultades de los poderes públicos que ocasione una violación de derechos humanos.

Con todo, el ejercicio del control de convencionalidad no puede ser aplicado como una manifestación de supremacía absoluta del derecho internacional sobre el derecho nacional, dado que ello rompería la lógica propia del NCL. Sin embargo, sí resulta complementario de las normas constitucionales creadas por el poder soberano, en cuanto puede tener un efecto emancipador y transformador orientado a mejorar las condiciones de vida de las personas. Esto, en últimas, constituye el eje metajurídico de los procesos constituyentes.

1.4.2.1.3.- La preponderancia de los jueces en el sistema constitucional

En cualquier caso, la estrecha relación que tiene el NCL con el neoconstitucionalismo, en aras de constitucionalizar el derecho a partir del carácter normativo y supremo de la Constitución, ha traído efectos adversos respecto de la interpretación constitucional. En particular, ha hecho notoria la ausencia de una teoría propia del NCL para interpretar la Constitución, lo cual, en muchos casos, desconoce la ontología misma del pueblo como poder constituyente y soberano. En este sentido, entre los principales problemas y dificultades que encierra el fenómeno de la constitucionalización del derecho se encuentran la sobreinterpretación de la Constitución, la alteración del sistema de fuentes y la ponderación. Estos elementos, desde la cultura legal interna, afectan el carácter democrático de la justicia constitucional en el NCL. (Noguera, 2013, p. 171).

Así las cosas, las visiones neoconstitucionalistas abogan por un papel preponderante del juez en la aplicación de los principios sobre las reglas, atribuyendo mayor fuerza normativa a los primeros sobre las segundas.

La visión garantista del NCL implica, indudablemente, una cercanía con el neoconstitucionalismo, en tanto otorga un papel prevalente a los jueces frente a los demás órganos del poder público para garantizar el proyecto político buscado por el constituyente. En este punto, se hace énfasis en que el juez constitucional funge como actor político debido a la forma de su elección, aunque con un especial componente cognoscitivo o técnico propio de las ciencias jurídicas. Esto genera una tensión entre ambas aristas. Así, el juez constitucional goza de un amplio margen de independencia y autonomía, con el propósito de impedir que los demás poderes interfieran en sus decisiones (Navas, 2013, p. 189). Frente al neoconstitucionalismo como teoría del poder, Viciano y Martínez Dalmau (2014) señalan:

> (…) tenemos que tener en cuenta que, aunque el neoconstitucionalismo se nos presenta específicamente como una teoría del derecho —y, por ello, despojada

> de cualquier elemento politológico—, es también —o consecuentemente— una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución. Uno de los grandes problemas del neoconstitucionalismo es que no diferencia sustantivamente entre la función de los jueces que realizan el control concentrado de constitucionalidad —los tribunales constitucionales— y la justicia ordinaria, cuya interpretación de la Constitución viene premodulada por la realizada por los intérpretes auténticos —los mencionados tribunales constitucionales—. En la confusión, propia del neoconstitucionalismo, entre sistema difuso y sistema concentrado, los jueces ordinarios acaban asumiendo la función de limitador a la libertad del legislador, lo que en última instancia significa la sustitución del legislador. (p. 71)

1.4.2.1.4.- La sobreinterpretación de la Constitución como ejercicio de creación judicial a partir del carácter principialista de las constituciones del NCL

La textura abierta, amplia e indeterminada de los principios jurídicos permite un escenario de discrecionalidad para el juez constitucional. En efecto, cuanto más indeterminada es una norma jurídica, mayor es la discrecionalidad del funcionario judicial al momento de interpretarla (Ferrajoli, 2016, p. 68). Ante constituciones principialistas, el fenómeno de la interpretación evolutiva, que consulta las realidades sociales, económicas y políticas, se convierte en una constante que puede asediar la voluntad popular expresada al momento de la creación de la Constitución. Ello ocurre cuando, a partir de interpretaciones alejadas del tenor literal de la norma, se desconoce la voluntad constituyente.

De allí que el juez, en una interpretación de estirpe neoconstitucional, se adjudique la capacidad de modificar y alterar el sentido primigenio de las normas. Esto puede traer como consecuencia interpretaciones extensivas en materia de derechos, pero también engendra el peligro de interpretaciones restrictivas que podrían contrariar la voluntad popular.

Guastini (1999, p. 79) señala que en cualquier escenario de interpretación constitucional se produce un ejercicio de sobreinterpretación que permite crear nuevas reglas para regular las relaciones sociales y que tiene un efecto invasor en todo el ordenamiento jurídico. Esta visión rompe con los esquemas clásicos que conciben el texto constitucional como norma que direcciona la política. Por el contrario, adopta formas de regulación del poder público y, a su vez, establece cartas de derechos, principios y fines que deben guiar el accionar del Estado, así como la aplicación directa de estos por parte de los jueces (GUASTINI, 2015, pp. 2015-2023).

La incorporación de normas con fuerte contenido axiológico y alto grado de abstracción ha ocasionado un amplio margen de interpretación judicial, asociado a mayores ejercicios de activismo judicial, al punto de ser asumido como una

característica del NCL (Belloso, 2015, p. 32). No obstante, esta visión resulta contraria a la defensa de la voluntad soberana plasmada en la Constitución, dado que el único competente para modificar el texto constitucional, de acuerdo con la ontología del poder constituyente, es el poder soberano, es decir, el pueblo.

Esta visión valorativa basada en principios ha posibilitado que cale la idea de eliminar la separación entre derecho y moral. Bajo esta concepción, la Constitución, a través de los principios jurídicos, incorpora valores morales que, en casos de penumbra interpretativa, hacen que el juez acuda a la moral para resolver un caso específico, justificando su aplicación en una moral social u objetiva, y no en una moral crítica o subjetiva (GUASTINI, 2015b, pp. 2046-2047). No obstante, esa delgada línea entre moral social y moral crítica otorga al juez un especial margen de discrecionalidad judicial, entendiendo que, en cualquier caso, la moral siempre tiene un componente subjetivo. Esto puede ocasionar ejercicios de activismo y cambio constitucional, debido al alto nivel de discrecionalidad de la decisión judicial.[59] Desde un punto de vista político, habría que defender la idea de que el constitucionalismo no puede anclarse en proyectos que pregonen un objetivismo moral; por el contrario, debe asumir una naturaleza moral pluralista. (Ferrajoli, 2011, p. 32).

Es necesario hacer énfasis en que, pese a lo loables que resulten algunas doctrinas que promueven una visión maleable del derecho y defienden las mutaciones constitucionales con el fin de adaptar el derecho a las dinámicas actuales de una sociedad, evitando hacer esclavas a las generaciones futuras respecto de las pasadas, dichas mutaciones no siempre son sinónimo de progresión o extensión de derechos. El amplio margen de discrecionalidad de los jueces permite que estos acojan interpretaciones restrictivas en materia de derechos constitucionales a partir de la construcción de una nueva regla constitucional. [60]

Así las cosas, esta visión neoconstitucional de la Constitución resulta contraria a la ontología del NCL, principalmente por dos razones. En primer lugar,

59 GUASTINI (2015b) señala: "En suma, los conceptos "morales" utilizados en la formulación de principios constitucionales son, banalmente, conceptos (a) jurídicos (b) altamente indeterminados –que llaman a causa las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes– cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional." (p. 2048)

60 Considero que cualquier mutación constitucional en si misma es una creación de derecho, en donde el juez le da un alcance diferente a un derecho constitucional creado por el poder constituyente. No obstante, existirán posiciones más atenuadas como la de NAVAS (2013) que señala que "También podría ser un juez, si no activista al menos activo en función de crear derecho, pero uno en cuyos procesos de creación la comunidad participe y a la vez se visibilice. Desde la lógica republicana y los linderos que esta imprimió a la Constitución, el juez es una autoridad del Estado cuyo rol tiene que coordinarlo con la política de Estado". (p. 205)

porque la capacidad-función transformadora y emancipadora de la Constitución amplifica los derechos constitucionales con el fin de construir una sociedad más democrática. En segundo lugar, porque la propia visión del pueblo como único, absoluto e ilimitado poder constituyente impide que cualquier poder constituido altere el sentido de la creación del poder soberano. Con todo, aunque los cambios constitucionales vía jurisprudencial, a través de la interpretación constitucional, se justifican en la defensa de la efectividad de la Constitución, dicha defensa olvida el carácter restrictivo que en ocasiones puede tener la interpretación.

En este sentido, un primer aspecto problemático que conlleva la sobreinterpretación de la Constitución se encuentra arraigado en la tensión entre «efectividad de la Constitución» y «garantía de la voluntad popular». Empero, dicha disyuntiva resulta aparente, en tanto la efectividad de la Constitución siempre debe respetar el clamor popular plasmado en el texto constitucional. Por ello, la interpretación constitucional que respeta el texto constitucional asegura tanto su efectividad como la voluntad popular. De allí que la interpretación de la Constitución deba tener un especial componente democrático, que no puede ser otro que desentrañar la voluntad del poder constituyente.

Sobre este punto, Viciano y Martínez Dalmau (2014, pp. 79 y ss.) han señalado que la interpretación de la Constitución es la interpretación de una ley fundamental, en la que debe recurrirse a una interpretación histórica y a criterios metajurídicos de naturaleza política que apelen a la voluntad constituyente.

Esta posición tiene una especial relación con las teorías de interpretación originalistas, que entienden que el juez es neutral al momento de aplicar la Constitución, en tanto se encuentra atado a la voluntad popular. Por ende, al juez le queda vedado otorgar al texto constitucional un sentido diferente al propuesto por el constituyente. En caso de pretenderse una modificación del texto constitucional, dicho cambio debe realizarse mediante los cauces señalados por la propia Constitución, es decir, mediante los procedimientos democráticos pertinentes. (Gargarella, 2017, p. 117).

Tal vez en constituciones que no tienen un especial componente democrático ni se encuentran afincadas en la soberanía popular —en las cuales el neoconstitucionalismo centra su atención— sea plausible la sobreinterpretación de la Constitución. Sin embargo, se reitera que, en la visión del NCL, anclada en el pueblo como poder soberano que crea un texto normativo con especial connotación democrática, dicha tesis no resulta atendible.

Streck (2015, p. 137) ha señalado que la sobreinterpretación de la Constitución tiene una relación directa con el activismo judicial, al permitir mutaciones constitucionales que, desde el punto de vista democrático, resultan inaceptables. Estas se convierten en verdaderos mecanismos de cambio constitucional que

olvidan que el poder judicial es un poder constituido y cercenan la posibilidad de cambio por los canales institucionales fijados por el constituyente. Resulta preocupante que, a partir del carácter abierto de las normas constitucionales, se abra un espacio en el que los conflictos entre derechos conviertan la interpretación de la Constitución en un escenario de lucha política y de control del poder constituyente, ocasionando incluso la adopción de ideologías contrarias al propio texto constitucional (Tamayo, 2009, p. 45).

El amplio margen de interpretación constitucional ocasiona el vaciamiento del principio democrático y de la separación de poderes, desconociendo el Estado de derecho y la Constitución Política. Esto puede constituir un retorno camuflado a sistemas monárquicos o sustentados en la soberanía nacional, en los cuales el poder soberano queda en manos de un pequeño grupo de jueces. En efecto, el juez constitucional no puede fungir como mediador de los valores que se encuentran en el texto constitucional, dado que existen otros órganos con mayor legitimidad democrática para esa función. (Tamayo, 2009, pp. 73-74).

La sobreinterpretación de la Constitución como sinónimo de creacionismo judicial, además de la constitucionalización del derecho, ha tenido como causas contingentes: (1) la crisis del Estado de derecho y la falta de capacidad regulatoria de la ley; (2) la expansión del poder judicial multinivel, que somete a los jueces nacionales a la jurisprudencia internacional; (3) la crisis del Estado social a raíz de la inactividad de los poderes públicos y, con ello, la necesidad de que sean los jueces quienes garanticen los derechos; y (4) el deseo de los jueces de expandir su poder. (Ferrajoli, 2016, p. 69 y ss.).

Vigo (2012, p. 112) enuncia que la sobreinterpretación de la Constitución es un fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico que ha traído consigo varias consecuencias. En primer lugar, ha impulsado la idea de que la Constitución resuelve todas las disputas jurídicas y, con ello, la creación normativa de los jueces ha cercenado la capacidad de actuación de los demás poderes públicos. En segundo lugar, ha generado el debilitamiento de la función legislativa y de la representación popular, lo que se traduce en una merma del espectro democrático. En tercer lugar, ha dado lugar a una especie de iuspositivismo ideológico que considera que todas las decisiones presuntamente amparadas en la Constitución son «buenas». Finalmente, ha producido la desnormativización del ordenamiento jurídico y la revaluación de la capacidad regulatoria de las reglas jurídicas, convirtiendo el derecho en un derecho por principios hipermoralizado.

Un derecho por principios que desencadena la sobreinterpretación de la Constitución como medio de creación normativa por parte de los jueces afecta radicalmente la visión del poder constituyente como único sujeto con capacidad

creadora de normas constitucionales. Por ello, una visión «panprincipiológica», propia del neoconstitucionalismo, como la denomina Streck (2014, p. 40), termina afectando el grado de autonomía y fuerza vinculante de la Constitución. Esto constituye una contradicción frente a los fines mismos de una teoría del derecho afincada en el neoconstitucionalismo, como lo son la supremacía de la Constitución y su carácter normativo. No obstante, el neoconstitucionalismo ha fundamentado la capacidad creadora de derecho en cabeza de los jueces en las omisiones o vacíos jurídicos del ordenamiento jurídico. (García, 2012, pp. 17-32).

Pese a ello, la creación de derecho por parte de los jueces enfrenta amplias críticas desde el componente democrático con el que deben proferirse las normas, aún más cuando se trata de normas constitucionales en el marco del NCL. Por ello, *mutatis mutandis*, la objeción democrática a la creación judicial del derecho puede sustentarse desde un punto de vista funcional, procedimental y de falibilidad. Funcionalmente, no se trataría de decisiones democráticas, debido al desplazamiento de las mayorías democráticas del poder legislativo, que tiene por excelencia la función de crear normas (Díaz, 2015, p. 54). En el caso del NCL, cuando se trate de normas constitucionales, la ontología de esta teoría solo permitirá que sea el pueblo quien las cree.

Asimismo, la creación judicial del derecho, desde un aspecto procedimental, carece de legitimidad democrática, por cuanto el pueblo no tiene participación directa en las decisiones tomadas por los jueces ni capacidad de anularlas. (Vargas, 2020, p. 7).

Finalmente, desde la falibilidad, dichas decisiones pueden ser tan falibles como cualquier otra decisión mayoritaria. Por ello, las tesis que defienden la justicia constitucional como «contramayoritaria» desconocen la fórmula mayoritaria implícita al momento de la decisión judicial. Algunos autores del neoconstitucionalismo intentan ocultar esta situación bajo la deliberación en la toma de la decisión judicial, aunque ello no siempre ocurre con estricta aplicación:

> El recurso al voto de mayoría es solo el remedio extremo a un defecto: la incapacidad para crear consenso sobre los argumentos propios y la indisponibilidad a dejarse convencer por los demás. Las decisiones de 5 contra 4 o, en nuestra Corte constitucional, de 8 contra 7 dejan siempre un sentimiento de insatisfacción, como el que se tiene frente a un deber no cumplido a plenitud. Con este tipo de decisiones las cortes constitucionales se exponen a la crítica política, o sea, a la de haber actuado arbitrariamente como pequeños parlamentos, donde el conflicto mayoría-minoría es fisiológico. En las cortes debe valer el principio deliberativo; en los parlamentos puede prevalecer el espíritu de parte. Admitamos: no siempre entre nosotros la actitud deliberativa se puede afirmar sobre la voluntad y a veces

> se cede a la intención de imponer una voluntad. Pero cuando esto sucede, es una derrota para la justicia constitucional, un vulnus a su legitimidad.
>
> La actitud deliberativa no elimina de hecho la discrecionalidad en el juzgar sobre derecho constitucional. Pero cambia su naturaleza y fines: la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es una cosa distinta a la discrecionalidad «republicana», dirigida al consenso sobre la constitución. Y esto constituye el dato que distingue los dos ámbitos. (Zagrebelsky, 2007, p. 102)

En este punto, se reitera que, para algunos autores, la creación de derecho por parte de los jueces, a la luz del principio democrático, no es aceptable, dado el vaciamiento de las funciones de otros órganos de poder (Waldron, 2018, pp. 101 y ss.). Desde el NCL, la objeción es aún mayor por dos razones: (1) porque se desconocen las funciones asignadas por el constituyente a cada órgano y, con ello, se afecta la estructura planteada por el poder soberano; y (2) porque el poder judicial, al interpretar la Constitución y crear derecho, estaría asumiendo la función de poder constituyente. Por ello, de conformidad con los principios metajurídicos que impregnan la teoría del NCL, los jueces no pueden fungir como creadores de derechos, sino simplemente como legisladores negativos frente a las actuaciones de los poderes públicos.

Aunque el modelo de normas adoptado por el NCL podría parecer inicialmente contrario a su propia ontología y a la noción de poder constituyente —en tanto una visión principialista del derecho permite la creación judicial del derecho y puede alterar el sentido de las normas constitucionales—, esta lectura no tendría asidero constitucional (Ferrajoli, 2011, p. 43). Así, la labor judicial, como función cognoscitiva, se ve compelida a la búsqueda de la verdad judicial, la defensa de los derechos constitucionales y el sometimiento de los jueces al derecho, lo que justifica su especial papel contramayoritario (Ferrajoli, 2016, pp. 81 y ss.). Sin embargo, en el NCL dicho sometimiento también debe darse frente a la voluntad popular plasmada en el texto constitucional.

De esta forma, se considera que la interpretación constitucional en el NCL no puede conducir a la creación de derecho por parte de los jueces (Ferrajoli, 2016, p. 81). En cualquier caso, al interpretar los derechos constitucionales, los jueces podrán maximizarlos, pero no crearlos. Ello responde a una lógica ya anotada: los amplios márgenes de interpretación y creación judicial pueden traer efectos positivos en materia de extensión de derechos, pero también efectos restrictivos. Por esta razón, es necesario cuidar la voluntad popular plasmada en el texto y defender el cambio o la creación normativa por parte del pueblo, mediante los procedimientos establecidos para ello. Finalmente, Ferrajoli explica

el carácter contramayoritario de la creación normativa en cabeza de los jueces en los siguientes términos:

> Por el contrario, la jurisdicción siempre es aplicación sustancial de un Derecho preexistente, argumentable como legítima y justa solo si sobre la base de dicho Derecho es predicable la «verdad» procesal, aunque sea en sentido intrínsecamente relativo. De ahí su carácter contramayoritario: ningún consenso mayoritario puede convertir en verdadero lo que es falso o en falso lo que es verdadero. «Interpretación creativa» es, por tanto, una contradicción en los términos: donde hay interpretación no hay creación y donde hay creación no hay interpretación, sino producción ilegítima de nuevo Derecho. (Ferrajoli, 2016, pp. 78-79)

Por ello, propuestas como el garantismo señalan que la función jurisdiccional es eminentemente cognitiva y no creativa del derecho. En consecuencia, a los jueces les está vedada la facultad de crear derecho, en tanto se encuentran limitados por el Estado de derecho y por el texto constitucional como creación del poder soberano, al cual deben apegarse sus decisiones. Por ello, «la actividad judicial debe ceñirse a conocer los hechos y el derecho y a constatar las consecuencias de la aplicación del segundo sobre los primeros». (Salazar, 2011, p. 307).

De esta forma, cuando se presentan conflictos entre derechos o normas constitucionales que desemboquen en vacíos o antinomias, dichas diferencias deben resolverse en el escenario político, que para Ferrajoli (2011, p. 29) será el parlamento como órgano de representación popular. No obstante, desde la visión del NCL, donde el pueblo emerge como poder soberano que se integra mediante múltiples mecanismos de participación democrática, este deberá ser capaz de interpretar el texto constitucional, ya sea por sí mismo o a través de sus representantes.

1.4.2.1.5.- La ponderación y el principio de proporcionalidad como medio de interpretación del neoconstitucionalismo: ¿flexibilizar la voluntad popular?

En el neoconstitucionalismo, la ponderación parte de una teoría semántica del derecho, en la que se hace necesario distinguir el enunciado normativo de la norma en sentido estricto. El enunciado normativo corresponde a la interconexión de palabras que permite construir una estructura lingüística, mientras que la norma es entendida como la interpretación que el juez constitucional realiza de dicho enunciado. En consecuencia, será el juez quien defina el alcance de la norma jurídica. (Calle, 2011, p. 29).

Esta primera idea resulta problemática de cara al NCL, dado que, una vez construido el texto normativo, el alcance de la norma o del derecho será determinado por el juez constitucional según sus propias interpretaciones. Esto conlleva, *per se*, un amplio margen de discrecionalidad judicial y una ideología

política del juez como poder soberano una vez puesta en vigencia la Constitución. De esta forma, existe una relación directa entre interpretación y ponderación, ya que:

> En un caso de colisión entre derechos fundamentales, habitualmente se parte de identificar los bienes o intereses en conflicto (*balancing* actividad); se realiza la interpretación de las disposiciones que los reconocen (interpretación); se advierten las circunstancias del caso y, luego, se procede a realizar el balanceamiento de los intereses, a fin de brindar una solución al caso (*balancing* producto). (Martínez Dalmau, 2016, p. 138)

Como antecedente, es menester recalcar que la teoría principialista se confeccionó a raíz de las dinámicas propias del derecho constitucional de mediados del siglo XX, diferenciando la tipología de normas que hacen parte de una Constitución y estableciendo su espectro jerárquico. De allí que resulte ya reiterada la teoría de Alexy, que diferencia las normas contenidas en una Constitución entre principios y reglas. En las nuevas constituciones predominan los primeros sobre las segundas, lo cual representa un cambio frente al clásico Estado de derecho, en el que la ley era preponderante. (Alexy, 2003, p. 93).

Esa nueva tipología normativa implicaría, a su vez, una nueva forma de solucionar los conflictos entre principios, utilizando la ponderación para la satisfacción de uno de los principios en disputa en detrimento de la aplicación del otro (Alexy, 2003, p. 94). Por ello, en la teoría de los principios se habla de normas con una jerarquía móvil, construida a partir de valores mutables. Esto implica que pueda modificarse una regla de un caso a otro, según el valor atribuido por el juez al caso concreto, generando una suerte de particularismo que hace imprevisibles las soluciones futuras. (Guastini, 2015, p. 255).

De este modo, la ponderación implica un constante ejercicio de creación normativa por parte del juez. De la colisión entre principios se adoptará una nueva regla, denominada adscripta, que será aplicable a casos posteriores cuyo eje fáctico-jurídico tenga condiciones similares (Calle, 2011, pp. 182-183). Nótese cómo la estructura misma de los principios y su carga axiológica conllevan ejercicios de creación judicial, dadas las elecciones jerárquicas que realiza el juez de un principio sobre otro. (Guastini, 2015b, p. 2056).

Así las cosas, la teoría de la ponderación ha cobrado especial fuerza en los tribunales constitucionales debido a la gran variedad de principios contenidos en las constituciones, sin que el NCL haya escapado a estas dinámicas. Empero, la ponderación ostenta una especie de objetivismo moral que, contradictoriamente, implica la subjetividad del operador judicial, quien altera el sentido de la norma constitucional según su propia ideología. En este punto, el neoconstitucionalismo no niega lo anterior; por el contrario, lo pone en evidencia al indicar:

> (…) este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. (Bernal Pulido, 2006, p. 73)

1.4.2.1.5.1.- El método de la ponderación y el principio de proporcionalidad

De ninguna manera el objetivo de este trabajo es abordar en profundidad el eje metodológico de la ponderación y del test de proporcionalidad, dado que ello desbordaría los fines y objetivos propuestos. Sin embargo, es necesario formular algunas ideas básicas para, posteriormente, realizar críticas desde el NCL.

La ponderación, como método para solucionar disputas entre principios jurídicos, se sustenta en una relación necesaria entre estos y el principio de proporcionalidad (Alexy, 2011, pp. 19 y ss.), catalogando los derechos fundamentales como principios jurídicos. Por ello, el derecho por reglas, a diferencia del derecho por principios, demanda la aplicación de la subsunción como método de solución de conflictos, en tanto se trata de normas que ordenan una aplicación de «todo o nada» (Alexy, 2011, p. 12). En consecuencia, cuando se aplica una regla no surgen de ella razones subyacentes (Lozada & Ricaurte, 2015, p. 46). Por otro lado, los principios, como mandatos de optimización que se cumplen en mayor o menor medida según las circunstancias jurídicas o fácticas, son resueltos mediante ejercicios de ponderación, de los cuales siempre surgen razones subyacentes. (Lozada & Ricaurte, 2015, p. 46).

Con todo, una vez optimizado uno de los principios jurídicos en disputa, se hace necesario aplicar el principio de proporcionalidad, acudiendo a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2011, pp. 12 y ss.). Por ello, cuando se habla de los subprincipios de idoneidad y necesidad, se alude a las condiciones fácticas en las que opera el principio, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a sus condiciones jurídicas.

Conforme a lo anotado, el principio de idoneidad tiene como objetivo la aplicación de los medios más propicios para el cumplimiento del principio jurídico optimizado en detrimento del otro. La necesidad busca que, cuando se presenten dos medios idóneos, se escoja aquel que menos afecte el otro principio en juego. Finalmente, se hace necesario otorgar un peso específico a cada principio en disputa, situación que encierra un alto contenido de subjetividad en el funcionario judicial. (Martínez Dalmau, 2016, p. 139).

Empero, Robert Alexy (2011, pp. 25-26) defiende la ponderación desde dos argumentos centrales. En primer lugar, desde la teoría del derecho como iuspositivismo metodológico, en tanto los derechos fundamentales tienen una doble connotación: derechos positivos en las constituciones políticas y derechos

de contenido moral. En segundo lugar, desde una dimensión política, en la medida en que el poder constituyente puede definir una regla para la solución de conflictos entre principios.

Sin embargo, se entra en un círculo procedimental, pues cuando la regla es vaga o indeterminada nuevamente debe recurrirse a la ponderación. De esta forma, las reglas pueden ser inaplicadas por los principios a partir de los criterios interpretativos de los jueces:

> Este es el caso cuando una regla es incompatible con los principios contenidos en la Constitución. Dichos principios, en algunos casos que normalmente se resolvían en virtud de la regla, tendrá mayor peso que el principio formal de autoridad de la constitución conjuntamente con los principios sustantivos que apoyan a la regla. La contraparte del carácter potencial es la conexión real existente entre los derechos fundamentales y los principios. una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. esta combinación de conexiones reales y potenciales, que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad. (Alexy, 2011, pp. 25-26)

En este sentido, existe una clara crítica a la legitimidad del control de constitucionalidad, dado el carácter «político» de sus decisiones, que se ve acrecentado por sus formas de resolver controversias y genera, a su vez, desequilibrios institucionales. Así, Waldron (2008) expone:

> Pero debe reconocerse que en la medida que en una corte se aparte cada vez más de una interpretación formalista, sus decisiones se involucraran, cada vez más en el dominio de la política que no es otra cosa sino la discusión sustantiva de cuestiones controvertidas de interés general. Si es cierto que «los problemas constitucionales son vistos ahora como temas de grados y proporcionalidad, que requieren poner en juego diversos valores, principios, intereses y derechos, entonces ¿Por qué dichos problemas no son vistos, esencialmente, como decisiones políticas susceptibles a las negociaciones y a la búsqueda de equilibrio característicos de la política legislativa? El concepto de jurisprudencia sustantiva» es ciertamente atractivo siempre y cuando se confronte únicamente con la «jurisprudencia formalista». (pp. 25-26)

Finalmente, sobre la fórmula del peso, sus principales críticos centran la atención en su contenido irracional, debido a que no se hace explícito un procedimiento concreto para determinar los pesos específicos, ni la forma de establecer su peso abstracto y concreto, así como las apreciaciones empíricas. Estas críticas serán respondidas señalando que las variables se constituyen en proposiciones formadas a través de la argumentación jurídica (Alexy, 2011, p. 28). Por ello, se habla de discrecionalidad y capacidad creadora de los jueces, ya que de la

ponderación surgirá una regla que servirá como referente para futuros conflictos entre derechos o normas. (Alexy, 2003, pp. 89 y ss.).

1.4.2.1.5.2.- Críticas a la ponderación y al principio de proporcionalidad como fórmulas del neoconstitucionalismo

Martínez Dalmau (2016, pp. 139-140), citando a Bernal Pulido, plantea varias críticas a la ponderación, entre las cuales se destacan las siguientes: la ponderación como fórmula retórica e indeterminada; la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan; y el sacrificio de la seguridad jurídica, dada la imposibilidad de prever la solución de las disputas jurídicas.

Sin embargo, la principal crítica a la ponderación se encuentra en la teoría jurídica que niega la separación entre derecho y moral. Cuando se asumen escenarios de ponderación, dicha separación queda disuelta en la moral del intérprete, lo que genera discrepancias al momento de hallar la respuesta moral correcta al caso planteado. (García Amado, 2020, p. 32).

Al igual que ocurre con la sobreinterpretación de la Constitución, la ponderación como metodología puede ampliar los derechos constitucionales, pero también legitimar la inaplicación de una garantía o derecho constitucional (García Amado, 2016, p. 11), lo que termina traduciéndose en una subversión de la voluntad popular. Por ello, quienes solo observan una cara de la moneda de la ponderación —como técnica de interpretación que amplifica los derechos constitucionales— olvidan que esta también puede desconocer las reglas más precisas y elementales. En ese sentido, convierte los derechos constitucionales en normas derrotables, sujetas a la moral y subjetividad del funcionario judicial al momento de ponderar (Ferrajoli, 2011, p. 36; García Amado, 2016, p. 14).

Lo anterior se agrava por la doctrina principialista, que además invita a reconocer principios no positivizados pero implícitos, que el funcionario judicial «descubre» al momento de interpretar la Constitución, pudiendo derrotar normas constitucionales, legales o infralegales. (García Amado, 2016, p. 15).

Conforme a ello, el derecho por principios termina siendo un derecho a merced del subjetivismo judicial, cuya consecuencia es la inaplicación de cualquier norma (Atienza & García Amado, 2018, p. 50). Esta concepción olvida el valor de las reglas en cualquier sistema jurídico y hace perder al derecho su naturaleza eminentemente normativa y jurídica, convirtiéndolo en un sistema moral y anárquico (Lozada & Ricaurte, 2015, pp. 62-63), que no respeta el sentido atribuido por el constituyente.

García Amado (2020, p. 33), uno de los principales críticos de la ponderación y del derecho por principios, indica que este método termina impidiendo la garantía de los derechos fundamentales, pues su aplicación queda supeditada a la interpretación adoptada por los jueces. Con ello se desconoce el carácter

fundamental de la norma y se convierte la ponderación en un método para legitimar, bajo el manto de la racionalidad, operaciones de tipo valorativo.

En este sentido, la ponderación termina siendo un obstáculo para la garantía de la soberanía popular y, con ello, para el carácter normativo de la Constitución. El carácter flexible de los derechos constitucionales obstaculiza su ejercicio como límites a los poderes públicos, afectando la rigidez de la Constitución desde un sentido material (Ferrajoli, 2006, p. 21). Esto desemboca en el tránsito de la soberanía del pueblo a la soberanía del poder judicial. (García Amado, 2009, pp. 342 y ss.).

Aunado al carácter flexible de los derechos concebidos como principios, resulta más grave la posibilidad de que el juez opte por la ponderación o la subsunción de manera indiscriminada. Es decir, puede llevar un conflicto de reglas al terreno de la ponderación, con fundamento en principios implícitos contenidos en la Constitución, o aplicar la subsunción en un caso de conflicto entre principios, considerando que uno de los derechos en juego no tiene tal categoría (García Amado, 2009, pp. 342 y ss.). Por ello, la capacidad del juez para decidir si una norma es regla o principio, y someter el conflicto a uno u otro método, permite que cualquier norma constitucional sea desplazada o categorizada de una u otra manera para evitar su aplicación. En cualquier caso, la ponderación implica, por su propia esencia, la no aplicación de un derecho constitucional.

Así, la definición de una norma como principio o regla trae consigo una elusión de la norma constitucional por parte del juez. Por tanto, el juez acude a la ponderación para evitar la aplicación de la norma constitucional, desconociendo su sujeción al poder soberano (Gascón, 2016, p. 211). Frente a esa elusión, García Amado (2018, p. 72) señala que la posibilidad de que sean los jueces quienes elijan el método para solucionar determinado conflicto normativo —principios o reglas— ocasiona que estos puedan desconocer la regla más básica de contenido constitucional, llevándola al terreno de la ponderación, lo que conlleva un sinfín de excepciones que limitan los derechos y los vuelven maleables a cualquier situación.

Por lo anterior, el autor español critica férreamente el carácter particularista de la ponderación, que a su vez permite la creación de reglas infinitas para casos posteriores, generando inseguridad jurídica y desigualdad ante la multiplicidad de excepciones que los jueces pueden plantear a las normas. (García Amado, 2018, p. 77).

La idea neoconstitucionalista lleva al desconocimiento de los límites mínimos del Estado de derecho, extendiendo el principio de proporcionalidad y la ponderación a cualquier escenario del ordenamiento jurídico. Por ello, el

neoconstitucionalismo no puede ser catalogado únicamente como una teoría del derecho, sino realmente como una teoría del poder que entrega amplios márgenes de discrecionalidad a los jueces en detrimento de los demás poderes públicos. Esto suspende funciones normativas propias de la rama legislativa del poder público, que termina siendo reemplazada por la función judicial (Ferrajoli, 2012, p. 807; Ferrajoli, 2011, p. 44; Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 71). Además, desplaza la voluntad constituyente al momento de realizar ejercicios de hermenéutica constitucional.

El carácter democrático del NCL exige que todos los poderes públicos se encuentren sometidos a la garantía del texto constitucional como voluntad del poder constituyente. Por ello, se hace necesaria la adopción de reglas para la efectividad del texto constitucional (Martínez Dalmau, 2016, p. 145). De esta forma, la ponderación termina por relativizar los derechos constitucionales y, en sí misma, la voluntad popular, estableciendo amplios márgenes para escenarios de mutación o cambio constitucional no institucional como ejercicio de activismo judicial:

> El activismo demuestra también que su *ratio* posee un origen solipista, lo que acaba siendo problemático, porque la democracia y los avances pasan a depender de las posiciones individuales de los jueces y de los tribunales. De todos modos —y eso hay que dejarlo muy claro— solamente frente a la consagración de una efectiva jurisdicción constitucional es que puede hablarse sobre el problema de los activismos judiciales.
>
> (...)
>
> De este modo, la defensa de posturas judiciales activistas, el crecimiento del panprincipiologismo y la fragmentación jurisprudencial, son fenómenos que derivan, en último análisis, de un mismo núcleo problemático: la preservación subterránea del paradigma de la filosofía de la consciencia en la construcción de las teorías y doctrinas del derecho. Un pragmatismo primitivo es invocado para justificar las decisiones individuales. Estas decisiones no conducen a un punto coherente, capaz de unificar el sentido y acomodarlo en un contexto de integridad. Así, un verdadero caos interpretativo acaba por tener lugar, algo que puede ser comparado al estado de naturaleza hobbesiano; una especie de Estado de naturaleza hermenéutico. (Streck, 2014, pp. 44 y ss.)

La relativización de los derechos constitucionales mediante la ponderación causa que la interpretación de la Constitución quede en manos de las posiciones subjetivas de los jueces. Por ello, es perfectamente posible que, ante una misma norma, dentro de un mismo tribunal constitucional, existan distintas concepciones de los derechos.

Bajo ese estado de cosas, un Estado constitucional y democrático de derecho que propugna por la defensa de la Constitución como voluntad del pueblo soberano —que solo puede ser modificada por este— exige que los márgenes de discrecionalidad de los jueces sean lo más limitados posible. Ello es así porque son los jueces los primeros llamados a garantizar la Constitución (García Amado, 2020, p. 63). Por esta razón, su función debe ser eminentemente cognoscitiva, orientada a la aplicación del derecho y de las normas que lo conforman. En el escenario constitucional, dicha función estará dirigida a fungir como legislador negativo, pero en ningún caso a crear verdaderas normas jurídicas mediante la jurisprudencia. (Ferrajoli, 2011, p. 50).

La fórmula del neoconstitucionalismo, como teoría que busca limitar el poder, paradójicamente permite ampliar los márgenes de discrecionalidad de los jueces al resolver conflictos entre derechos constitucionales. Esto la diferencia de otros modelos que apelan a una concepción cognitivista del conflicto normativo y restringen el margen de discrecionalidad judicial. [61]

Finalmente, en la justicia constitucional, la ponderación, como ejercicio de alta discrecionalidad judicial que debilita las normas constitucionales, se concreta en el cambio del sistema de fuentes, al convertir la jurisprudencia de las cortes constitucionales en fuente primaria, incluso por encima de la propia Constitución. (Ferrajoli, 2016, p. 83).

1.4.2.1.5.3.- La alteración del sistema de fuentes: el precedente judicial obligatorio como fuente primaria

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho que conlleva el debilitamiento de las normas constitucionales a través de la ponderación y que otorga a los jueces un papel creador de derecho, incluye a su vez la modificación del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico. Esto pone en evidencia la estrecha conexión entre la creación judicial del derecho y la jurisprudencia como fuente jurídica, valiéndose una de la otra para los fines de la visión política del neoconstitucionalismo. (Ferrajoli, 2016, p. 79).

---

61 Al respecto SALAZAR (2011) señala: "El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantice un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al Derecho, es un requisito para reducir la indeseable discrecionalidad y, sobre todo, la arbitrariedad en el quehacer del juzgador. En esta dirección, según FERRAJOLI, por ejemplo, hace suya la tesis ilustrada al sostener que el poder judicial sólo puede funcionar como garantía frente al poder ejecutivo si se desempeña como un poder prácticamente nulo. De nueva cuenta, se subraya la pretensión cognoscitiva y no creativa del intérprete que se fundamenta en el carácter positivista de la teoría garantista. De hecho, para esta teoría, resulta posible hablar de una verdad jurídica que depende de la labor del intérprete como descubridor del Derecho." (p. 306)

En el NCL, la Constitución Política de Colombia fue un verdadero fenómeno jurídico, en razón de su nacimiento como fruto del carácter revolucionario con que se gestó este movimiento constituyente. Por ello, como primera carta del NCL, concibió un sistema constitucional que irradiara todo el ordenamiento jurídico, distanciándose del antiguo texto constitucional de contenido nominalista y programático. Así, la fuerza normativa de la Constitución fue uno de los principales elementos que incorporó el nuevo texto constitucional. De allí que la Constitución de 1991 no buscara solo asegurar la separación de poderes y determinar la estructura orgánica del Estado, sino también garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Desde esta óptica, la CCC ha señalado que el precedente y la fuerza normativa de la jurisprudencia como fuente del derecho consolidan la irradiación de la Constitución en el ordenamiento jurídico, a través de la interpretación del artículo 230 constitucional, según el cual: «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial».

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia le otorga fuerza vinculante al precedente jurisprudencial a raíz de la competencia atribuida por el constituyente para ser el máximo intérprete del texto constitucional. Esta fuerza se hace extensible a las demás salas del Tribunal Supremo y, además, a todos los jueces, dada la prevalencia de la Constitución frente a cualquier norma. Así las cosas, la atribución otorgada a la Sala Constitucional por medio del artículo 335 implica la competencia para definir cuándo una interpretación es acorde o no con la Constitución. [62]

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 no trajo solamente un sistema tendiente a proteger los derechos constitucionales, sino que también estableció un sistema de precedentes vinculantes, dada la especialidad de estos fallos. Dicho sistema sería posteriormente reforzado en la LOGJCC, lo que ha ocasionado que la Corte Constitucional del Ecuador se erija como el órgano encargado de desarrollar los derechos constitucionales. (Benavidez, 2021, pp. 35-36).

De cualquier forma, la CCE señala que el carácter vinculante de su jurisprudencia deviene de su condición de intérprete final de la Constitución, lo que conlleva que este órgano sea el encargado de cerrar y definir las disputas constitucionales, con el fin de brindar condiciones de igualdad a los usuarios de la administración de justicia (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia

62 http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1687-180603-03-0183%20.htm

No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP, 22 de marzo de 2016). Así, se hace necesario que exista coherencia en los parámetros de constitucionalidad que regirán decisiones futuras. Ello implica un análisis desde la forma de Estado adoptada por el constituyente, pues en el Estado constitucional de derecho se requiere un sistema de fuentes que privilegie la jurisprudencia constitucional, ubicándola al mismo nivel de la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 191-16-SEP-CC, Caso No. 2139-11-EP).

Asimismo, ante las dudas que pudiera generar el carácter vinculante del precedente respecto de algunas acciones constitucionales en específico, el artículo 436 de la Constitución ecuatoriana establece que dicho carácter vinculante se predica frente a cualquier acción constitucional. En igual sentido, se adoptan reglas norteamericanas sobre precedentes mediante el sistema de *stare decisis*. De la jurisprudencia de la CCE resulta interesante recalcar dos conceptos:

1. La aplicación del precedente se da de forma subsuntiva a casos similares, lo cual limita el escenario interpretativo del juez constitucional en casos posteriores mediante la obligatoriedad del precedente horizontal (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 109-11-IS, Caso No. 109-11-IS, 26 de agosto de 2020).
2. El carácter relativo del precedente se expresa en la aplicación de los elementos de distinción y reversión. El primero corresponde al apartamiento de la regla precedente por razones motivadas que generan una excepción a la regla; el segundo se refiere a la negativa de mantener una decisión judicial que no resulta progresiva frente a los derechos de los ciudadanos (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 109-11-IS, Caso No. 109-11-IS, 26 de agosto de 2020).

En Bolivia, el desarrollo del precedente jurisprudencial obligatorio ha sido construido de manera pretoriana, haciendo vinculantes las decisiones del TCPB a través del principio de cosa juzgada señalado en el artículo 205 constitucional y de su naturaleza de intérprete auténtico sustituto de la Constitución por parte del poder soberano. Esta posición sería refrendada por el artículo 8 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional,[63] distinguiendo los efectos *erga*

63 "Artículo 8°.(Obligatoriedad y vinculatoriedad) Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno."; "Unificar la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional cuando se constate la existencia de precedentes contradictorios, por avocación o mediante resolución de doctrina constitucional." Articulo 28 núm. 15. Constitución Política de Bolivia, 2009.

*omnes*de la sentencia, contemplados en su parte resolutiva, y el efecto vinculante sometido a la *ratio decidendi* de la decisión.

La Constitución, como texto normativo indeterminado y con cierto grado de abstracción, posibilita la sobreinterpretación constitucional. Este será el argumento por el cual las tesis neoconstitucionalistas afirman que el texto constitucional tiene vocación de regular cualquier situación social por medio de la interpretación, con capacidad de intervención del juez cuando la ley sea ambigua o se presenten soluciones que no sean justas (Bernal Pulido, 2007, pp. 292-293). De modo que el precedente toma especial trascendencia en la forma en que se interpreta la Constitución y en la fuerza vinculante de esa interpretación, situación que altera la estructura institucional adoptada por el constituyente de 1991. Al respecto, la CCC señaló en la Sentencia T-482 de 2011:

> El precedente constitucional reafirma la posición de la Corte frente al carácter vinculante de la jurisprudencia y su carácter de fuente formal del derecho, como condición indispensable para que la jurisprudencia constituya una realidad que se armoniza con principios como la igualdad, la cosa juzgada, la autonomía judicial, la buena fe y confianza legitima y la coherencia al interior del ordenamiento jurídico. Así, el precedente conlleva a la Constitucionalización del derecho, en la medida en que la presencia del juez en este proceso es ineludible. El precedente constitucional materializa el proceso de Constitucionalización del ordenamiento jurídico y confirma ese papel del juez constitucional, como el único intérprete de la Constitución.
>
> El precedente resulta tan vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano que la acción de tutela procede por su desconocimiento y por violación del principio de igualdad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-482 de 2011).

No cabe duda de que el principio de garantía de la supremacía constitucional permitió que las teorías neoconstitucionalistas tomaran especial relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, aumentando los controles y límites desde el poder judicial hacia los demás poderes públicos. En este contexto, el juez constitucional ya no funge solo como legislador negativo, sino además como verdadero creador de derecho. (Bernal Pulido, 2005, pp. 85 y ss.).

Sin embargo, esa capacidad de creación de derecho debe acompasarse con la fuerza vinculante del precedente y con la asunción de la jurisprudencia como fuente de derecho, lo que genera una mutación del sistema de fuentes contemplado en el artículo 230 de la Constitución. En efecto, desde el tenor literal de la norma, los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley. No obstante, una postura inicial de la CCC sostuvo que no podía hablarse del «imperio de la ley» en un sentido meramente formal, sino desde un sentido material que comprendiera los principios, valores y reglas contenidos en el texto de la

Constitución (Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-486 de 1993 y C-836 de 2001).

Así, la Corte Constitucional empezó a desarrollar un vasto listado de sentencias en las que otorgó valor vinculante a los precedentes judiciales y carácter primario a la jurisprudencia como fuente de derecho, obligando no solo a los jueces, sino también a todas las autoridades públicas y privadas. La razón principal ha sido que los jueces son los máximos intérpretes y guardianes de la Constitución:

> La Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, tiene precisamente atribuciones jurídicas para asegurar que los mandatos de la Carta sean eficaces y prevalezcan en nuestro ordenamiento. Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta. La interpretación de la Constitución —que por demás permite materializar la voluntad del constituyente— tiene, por consiguiente, como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292 de 2006)

Pese a los debates internos dentro del seno de la CCC al momento de definir la jurisprudencia como fuente primaria de derecho, la postura final fue confirmar la obligatoriedad del precedente, declarando la inconstitucionalidad de la ley estatutaria que eliminaba la mutación creada por la CCC del artículo 230 constitucional. Bernal Pulido (2005, p. 155) defiende la posición asumida por la CCC, en tanto indica que la Constitución, para ser efectiva y garantizar su operatividad, debe dar valor vinculante al precedente, con el fin de determinar constitucionalmente qué acciones se encuentran prescritas o permitidas. Esta postura justifica una relación directa entre activismo judicial y jurisprudencia como fuente de derecho:

> Por otra parte, empero, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional puede interpretarse como un objetable signo de activismo de la Corte Constitucional. En este sentido, este fenómeno puede concebirse como un ejercicio de activismo del máximo calibre, como una estrategia de la propia Corte para otorgar al producto del ejercicio de sus funciones el mayor rango jurídico posible dentro del sistema de fuentes. Desde esta perspectiva, difícilmente puede imaginarse una autoatribucion de poder mayor que la que un órgano jurisdiccional se hace a si mismo cuando sostiene que sus actos son una fuente del derecho que se integra en la Constitución, es decir, en la fuente máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que, como tales, dichos actos deben ser obedecidos por

> todos los poderes públicos y privados y no pueden ser revisados sino por el propio órgano jurisdiccional. (Bernal Pulido, 2005, p. 155)

Alexy (1997, p. 262), por ejemplo, señala que el fundamento del uso del precedente se sustenta en el principio de universalidad, que implica un trato igual entre los ciudadanos. Esto hace necesario que los tribunales de justicia decidan de manera análoga situaciones fáctico-jurídicas similares (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-047 de 1999).

De esta forma, para la CCC, el desconocimiento del precedente deslegitima la labor judicial y comporta la vulneración de derechos constitucionales consagrados en el texto constitucional, otorgándole al precedente el mismo valor normativo de la Constitución. Pese a lo loable del argumento, sí genera dificultades entender cómo es el propio poder judicial el encargado de configurar la jerarquía normativa en contra de la voluntad expresa del poder constituyente.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el español, el caso colombiano no cuenta con ninguna norma que de manera directa o indirecta le otorgue carácter de fuente primaria de derecho a la jurisprudencia. Por ello, se han desarrollado dos tesis al respecto: una optimista y otra escéptica.

Desde un punto de vista escéptico, se defiende la voluntad del constituyente al otorgarle un carácter auxiliar a la jurisprudencia como fuente de derecho. Esta posición niega su carácter vinculante, por considerar que vulnera la independencia y autonomía funcional de los jueces (Julio, 2003, p. 25). Dicha tesis tiene como contraargumentos la coherencia del ordenamiento jurídico, la garantía del principio de igualdad, la estabilidad del sistema jurídico, la reducción de la discrecionalidad de los jueces y un concepto de independencia judicial no influenciado por otros poderes o intereses externos al sistema (Bernal Pulido, 2005, pp. 204 y ss.).

Otro obstáculo frente a la jurisprudencia como fuente primaria del derecho, extensible a todos los ordenamientos jurídicos del NCL, es el carácter disperso de la conformación judicial,[64] en la medida en que existen jurisdicciones independientes unas de otras, que niegan el carácter superior de la jurisdicción constitucional sobre las demás. Por esto, la doctrina y la jurisprudencia han indicado que existe una verdadera superioridad de los tribunales constitucionales, al ser estos los intérpretes auténticos de la Constitución (Bernal Pulido, 2005, p. 128). Sin embargo, no hay que olvidar que los sistemas de control de constitucionalidad, con sus excepciones, resultan ser mixtos y entregan a todos los jueces la responsabilidad de proteger y garantizar los contenidos constitucionales.

64 En el caso Ecuatoriano la Constitución Política de 2008 señala que la jurisprudencia de la Corte Nacional y la Corte Constitucional es vinculante

Ahora bien, la posición optimista de la fuerza vinculante del precedente suele ser criticada en razón del carácter flexible que necesita el ordenamiento jurídico para la consecución de la justicia material, haciéndose necesaria la posibilidad de variación de la jurisprudencia so pena de petrificarse (Bernal Pulido, 2005, p. 216). Empero, la visión del neoconstitucionalismo defiende el carácter vinculante de la jurisprudencia desde su propia comprensión semántica del derecho, en la cual será el intérprete quien otorgue alcance a la norma jurídica, desde su conexión semántica y no desde la autoridad de esta (Bernal Pulido, 2005, p. 124).

En el caso colombiano, la versión optimista que ha impulsado la fuerza normativa de la Constitución ha incorporado elementos como la aplicación de los criterios de *distinguishing* y *overruling*, la noción de *ratio decidendi*, la modificación del precedente ante circunstancias que afecten la justicia material, la modificación del precedente por cambios de derecho positivo y el control a la acción de tutela contra providencias judiciales. Todos estos conceptos resultan caóticos y permiten cada vez más la modificación de la voluntad popular a través de la interpretación de los jueces. Además, llevan a pensar en el carácter autoritario que en sí mismo conlleva el precedente, así como en la legitimación de la discrecionalidad judicial, aunada a la ausencia de controles a las decisiones judiciales y de elementos democráticos que impidan la alteración de la norma constitucional.

No cabe duda de que el neoconstitucionalismo, como teoría adversa al positivismo legalista, propugna por una visión antiformalista del derecho que necesita de la jurisprudencia como fuente primaria dentro del engranaje de los jueces como poder predominante en la lógica neoconstitucional.

Desde un aspecto político, el respeto y la fuerza vinculante del precedente implican, a su vez, un límite a los poderes públicos al desarrollar sus funciones normativas. Esto ocurre porque la interpretación dada por las altas cortes genera verdaderas normas que se integran al ordenamiento jurídico y se convierten en referentes normativos para determinar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de normas proferidas con posterioridad, según se trate de un control concreto o abstracto de constitucionalidad. Lo anterior se ha traducido, en ocasiones, en que el propio poder legislativo tome la jurisprudencia para elaborar determinadas normas jurídicas,[65] desapareciendo la línea que separa las funciones de un poder

65 En el caso colombiano por ejemplo las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012 dan el carácter de fuente primaria a la jurisprudencia a partir de los fallos dados por la Corte Constitucional, dándose una reforma constitucional vía legislativa que sería avalada por la Corte Constitucional en contra del sentido literal del artículo 230 de la Constitución Política: "En la norma demandada, encuentra la Corte que lo que existe es un esfuerzo del legis-

y otro, y convirtiendo al poder judicial en un poder ilimitado. Ferrajoli (2016) ha puesto de presente este problema en algunos de sus estudios:

> Así que, donde ha sido introducido por vía legislativa el principio del carácter formalmente vinculante del precedente, independientemente de lo persuasivo que este principio pueda ser, se ha caído en una especie de legislación o, peor aún, de constitucionalización de los pronunciamientos judiciales, de hecho, impracticable. (p. 80)

Otro de los argumentos a favor del carácter vinculante de la jurisprudencia, incorporado por las reformas procesales, es la economía procesal en los trámites judiciales, lo que haría necesaria la masificación de la actividad. Sin embargo, bajo esa situación los principios de igualdad y seguridad jurídica terminan difuminándose, ya que la aplicación silogística del precedente bloquea la función cognoscitiva de la labor judicial e impide verificar de manera estricta las condiciones jurídico-fácticas de cada caso particular. Así, la función judicial termina convirtiéndose en una especie de función legislativa de carácter abstracto y general, que concentra el poder en los órganos superiores y vuelve estático el derecho (Taruffo, 2012, pp. 88-95). Por ello, Ferrajoli (2016, p. 80) destaca que la fuerza del precedente y la jurisprudencia como fuente primaria solo son concebibles desde una naturaleza meramente persuasiva, dado el carácter eminentemente cognoscitivo de la jurisdicción.

Como otra crítica al precedente judicial vinculante, debe señalarse que este no solo puede ofrecer seguridad jurídica. Quienes defienden su carácter vinculante también exponen que puede ser modificado mediante fórmulas subjetivas que no entregan fiabilidad a quienes acuden a la jurisdicción. Por esto, Bernal Pulido (2018, pp. 163 y ss.) señala que el precedente se encuentra en constantes tensiones con otros principios que plantean un margen de discrecionalidad judicial.

Nótese cómo el precedente y la jurisprudencia, como mecanismos que pretenden garantizar la seguridad jurídica y la igualdad, resultan insuficientes para tales cometidos. Ello se debe a que los jueces siempre tendrán la posibilidad de alterar las reglas de juego o sus interpretaciones frente a una norma constitucional, argumentando su decisión mediante la ponderación o cualquier otra

---

lador por implementar a través de la Ley una fórmula jurídica que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las demás altas Cortes y cuya importancia y funcionalidad en el derecho colombiano actual resulta del mayor valor, por lo que, el articulo demandado contribuye a dar aún más solidez a las decisiones de los tribunales de cierre y con ello fortifica la seguridad jurídica del sistema judicial colombiano" (Corte Constitucional, sentencia C- 621 de 2015)

subregla creada por el mismo tribunal. Esta tesis ha sido acogida por la CCC, flexibilizando tanto los derechos constitucionales como sus posiciones jurisprudenciales. De este modo, la ponderación y la jurisprudencia terminan siendo un binomio inseparable para los neoconstitucionalistas:

> Así, una vez establecido un precedente en materia constitucional, no basta con insistir en una interpretación divergente para que resulte admisible el cambio de jurisprudencia, sino que es necesario, además, una especial ponderación de los elementos a los que se ha hecho referencia, de modo que, por ejemplo, no resultaría admisible que los jueces colegiados se aparten de los precedentes al amparo de mayorías coyunturales, si no hay una probabilidad razonable de que, superada la ponderación anterior, la interpretación en la que fundan su decisión pueda imponerse y consolidarse como nueva doctrina, de tal manera que se cumpla, en particular en las instancias supremas, con la función de unificar la jurisprudencia, y en el caso de la Corte Constitucional, con el deber de fijar el sentido obligatorio que tienen los textos constitucionales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1034 de 2003)

Empero, la situación del precedente y la jurisprudencia es más crítica cuando se concibe el poder judicial no solo como legislador positivo a través de la fuerza vinculante de sus fallos, sino como verdadero poder constituyente. García Amado (2009, pp. 346 y ss.) señala que el amplio espectro de valores contenidos en las constituciones permite a los jueces reflejar sus ideologías personales y un especial nivel de subjetividad en las decisiones judiciales, que terminan convirtiéndose en verdaderos parámetros de constitucionalidad. En esta medida, una interpretación sin límites mínimos permite que sean los jueces quienes determinen el contenido de las normas constitucionales, lo que puede conducir a la sustitución de la voluntad popular plasmada en el texto normativo, socavando el especial componente democrático de las constituciones del NCL. Por lo anterior, merece la pena citar la siguiente reflexión:

> Un asunto más merece reflexión. ¿Realmente las normas así «legisladas» por el Tribunal Constitucional son equiparables a la ley? Creo que no, que están por encima de la ley y, como mínimo, suponen la creación de un nuevo peldaño de la pirámide, entre la Constitución y la ley. Están por encima de la ley porque una ley puede ser derogada por otra, pero un «precedente» de estos no puede ser derogado por una ley, puesto que se dice que tales normas que el Tribunal crea vinculan a todos los poderes públicos y, por tanto, también al legislador. Solo el Tribunal puede «derogarlas': cambiándolas. Para el legislador son, a todos los efectos, normas constitucionales. Por esta razón también podemos decir que el Tribunal no se arroga meramente competencias del legislador, sino que, en la

> práctica, se convierte en legislador constitucional, en puro poder constituyente. (García Amado, 2009, p. 348)

Ahora bien, el carácter vinculante del precedente para la garantía de los derechos constitucionales termina por ser una quimera, debido a que «el precedente vinculante es, al fin y al cabo, una regla más, esta vez sentada por vía jurisprudencial, y, como toda regla, puede ser ulteriormente desatendida cuando choca con un principio opuesto y en la ponderación correspondiente esté gana» (Atienza & García Amado, 2018, p. 86). Por esto, el juez es concebido como un verdadero poder soberano, ya «que puede dictar normas a sus súbditos sin quedar él mismo sometido a ellas», situación que refleja un grave absolutismo judicial. Así, la CCC, vía interpretación y adoptando una posición semántica del derecho, de una u otra manera ha indicado que la Constitución es aquello que este tribunal interpreta, lo que lleva a que el desconocimiento del precedente signifique el desconocimiento del propio texto constitucional.

Así las cosas, ante los amplios poderes normativos de los jueces a través de una tesis creativa del derecho que asume una visión fuerte del precedente jurisprudencial (Ferrajoli, 2016, p. 79), se hace necesario adoptar una interpretación de la Constitución bajo límites interpretativos que respeten la garantía de los derechos y la defensa de la Constitución como creación del poder soberano. Ello se traduce, a su vez, en la reducción del margen de discrecionalidad de las decisiones judiciales mediante mecanismos establecidos por el mismo poder constituyente, capaces de dotar de legitimidad democrática las decisiones de los jueces.

Finalmente, conviene señalar que en los apartados siguientes se hablará de interpretación constitucional en sentido estricto, la cual no podrá equipararse al género de interpretación jurídica en el Estado constitucional. En ella, el objeto, los sujetos de interpretación, la actividad, la oportunidad, el resultado y la calidad tendrán especiales connotaciones. (Aguiló, 2012, p. 236).

1.5.- ¿La interpretación de la Constitución democrática o una interpretación democrática de la Constitución?: articulando poder constituyente e interpretación constitucional.

Sin lugar a dudas, la interpretación de la Constitución ha sido uno de los temas más debatidos por los académicos del derecho, dado el carácter teórico-práctico que encierra. En el NCL, el tema cobra aún más relevancia, debido a que, como se ha visto, estas constituciones son extensas, ambiguas, vagas, principialistas y complejas, entre otras características. Ello hace que surjan disputas entre criterios de interpretación originalistas y evolutivos, así como discusiones sobre los límites al ejercicio interpretativo.

Así, pese a que las constituciones del NCL incorporan múltiples componentes orientados a superar las críticas democráticas al constitucionalismo, no puede perderse de vista que, en el Estado constitucional, el juez sigue teniendo un poder especial, dadas sus amplias facultades en el ejercicio del control de constitucionalidad y su faceta interpretativa. Al respecto, Chávez (2021) enfatiza:

> Lo que se debemos de reflexionar y debatir, debe girar en torno en la búsqueda de herramientas que faciliten un diálogo entre el tribunal constitucional y el pueblo; lo que permitirá, además de minimizar la objeción contramayoritaria en cuanto a la dimensión interpretativa, una mayor sensibilidad de lo que se está decidiendo. Habrá entonces que explorar, cuál será el peso institucional de la posible consulta que se derive de un posible acercamiento entre los jueces constitucionales y el pueblo; pues es por demás evidente que, en el esquema del Estado Constitucional, el juez tiene la última palabra y quedará prácticamente a «conciencia» y «prudencia» de un delimitado grupo de personas la interpretación y por tanto su decisión final. (p. 373)

De cualquier forma, en el NCL la interpretación de la Constitución termina siendo la interpretación de una Constitución democrática. Ello implica que la voluntad del poder soberano no puede ser interpretada de la misma forma en que se interpreta una norma proferida por los poderes constituidos (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 77). Es decir, la noción misma de poder constituyente, que diferencia este poder como único, absoluto y soberano, exige que esas diferencias entre poder constituyente y poder constituido se hagan extensibles a la interpretación de un texto proferido o creado por uno u otro poder. Por ello, desde una visión material del poder constituyente, resulta política y jurídicamente inadmisible equiparar la interpretación de una norma constitucional con la interpretación de una norma infraconstitucional.

1.5.1.- Tipología e ideología de la interpretación constitucional en el NCL: creación normativa, reforma constitucional y límites interpretativos

Martínez Dalmau (2012c, p. 438) destaca que la interpretación de la Constitución democrática resulta muy diferente de la interpretación del texto legal o de constituciones que no han sido creadas en escenarios democráticos. Frente a estas últimas, es posible consultar la voluntad generadora del texto constitucional; en cambio, en las constituciones democráticas se hace necesario que el mismo constituyente adopte medios o formas para desentrañar la voluntad popular inserta en el texto constitucional. También se hace imprescindible que el constituyente delegue en un intérprete «sustitutivo» dicha labor. Esta idea rompe con las comprensiones que discuten la figura del intérprete auténtico sin tener en cuenta la existencia de un único poder constituyente capaz de alterar

el orden constitucional (Guastini, 2015, p. 2062), situación que hace necesario que las teorías de la interpretación se adecuen a la visión material del poder constituyente plasmada en el NCL.

En igual medida, la interpretación de la Constitución democrática debe consultar elementos metajurídicos propios de la voluntad constituyente y acudir a un criterio de interpretación sistemático-contextual. En este punto, se hace especial énfasis en la distinción entre la Constitución democrática como obra del pueblo en cuanto poder soberano y cualquier otro texto normativo creado por los poderes constituidos. Se reitera, entonces, la imposibilidad de asimilar la interpretación de la Constitución democrática a la interpretación de la Constitución no democrática (Martínez Dalmau, 2016, p. 131), así como la improcedencia de aplicar técnicas de interpretación evolutiva que permitan a los poderes constituidos alterar la voluntad del poder soberano. En caso de hacerse necesario un cambio en la Constitución, el único legitimado para ello será el propio pueblo (Martínez Dalmau, 2012c, pp. 441-442), con lo cual se entienden superados conceptos como poder constituyente derivado o delegado.

La exposición de las teorías descriptivas y prescriptivas de la interpretación ha llevado a plantear como principales puntos de discusión: (1) las controversias entre doctrinas originalistas y evolucionistas del derecho; y (2) las discusiones entre doctrinas literalistas e intencionalistas (Guastini, 2015b, p. 2017).

Frente a estas discusiones, la doctrina de la interpretación evolutiva se ha sustentado en dos argumentos principales: (1) el carácter abierto de los derechos constitucionales, que además podría acompasarse con su estructura eminentemente principialista; y (2) la necesidad de evolución del ordenamiento jurídico (Martínez Dalmau, 2016, p. 134). Así las cosas, aunque en términos racionales la interpretación evolutiva tenga un fin loable, también es cierto que se corre el riesgo de usurpación de funciones del constituyente, otorgando a los jueces autoridad «para definir y redefinir la constitución» (Waldron, 2018, pp. 149 y ss.). Al respecto:

> La concepción del árbol vivo entiende que el papel de los tribunales incluye el poder de revisar nuestro entendimiento de la constitución, de modo de hacerlo avanzar y adaptarlo a nuevas realidades y nuevos valores. Considera a los tribunales, entonces, como redactores o reformadores de la constitución con el derecho no solo de «hablar antes que todos» en lo que concierne a la constitución tal como existe, sino también de hablar antes que todos en lo que concierne a la constitución tal como se está volviendo o tal como debería ser. Si esto coloca a la constitución por debajo de la Corte, ello significa que automáticamente instituye a la última como derecho verdadera cima del sistema constitucional, quedando el derecho constitucional al menos en parte, bajo su control. (Waldron, 2018, p. 149)

De esta manera, la interpretación de la Constitución democrática elimina de plano aquellas visiones evolutivas, ya que debe someterse al tenor literal de la norma y, a su vez, tener en cuenta la voluntad del poder constituyente. De allí que cualquier cambio o actualización constitucional deba ser planteado por el mismo pueblo como poder soberano. En este sentido, es necesario hablar de una Constitución rígida frente a los poderes constituidos, pero flexible frente al poder constituyente, como ya se ha sostenido en este trabajo (Martínez Dalmau, 2012a). Al respecto, Martínez Dalmau (2016) señala:

> El carácter emancipador de la constitución democrática requiere de esta potencial revisión, que rompería formalmente la rigidez justificadora de la decisión judicial evolutiva. Así podrá o no coincidir con la decisión democrática; esta decisión seria la evolutiva. Hurtar la decisión del debate público y hacerla recaer sobre los hombros del juez haría un flaco favor a la evolución democrática de la sociedad a través de la dialéctica constituyente que soluciona de manera emancipadora la tensión entre democracia y constitucionalismo. (p. 163)

Se hace evidente, entonces, el peligro de una interpretación evolutiva que, aparejada a elementos de la cultura jurídica del neoconstitucionalismo insertos en el NCL —como la sobreinterpretación, la ponderación y la fuerza del precedente judicial—, termina sirviendo de base para la usurpación de las competencias creadoras del poder constituyente por parte de los poderes constituidos. Así, se ha denominado a los tribunales constitucionales como poderes constituyentes permanentes ante la inexistencia de límites que permitan controlar la resignificación de los contenidos constitucionales (Storini, 2022, p. 787). Estos tribunales se valen de arquitecturas constitucionales sin controles o contrapesos suficientes frente a la función judicial, convirtiendo la autorrestricción o autolimitación en el único control a sus facultades.

Con todo, aunque se afirme que los tribunales constitucionales, como guardianes de la materialidad de la Constitución, deben apelar a mecanismos de cambio constitucional informal para hacer prevalecer la Constitución (Franco, 2017, p. 4), este enfoque no consulta la perspectiva material del poder constituyente. De allí que interpretaciones evolutivas entendidas como escenarios de cambio y mutación constitucional no sean acordes con el NCL.

De esta manera, la ausencia de controles a la función jurisdiccional presume una función política de los tribunales constitucionales que, *de facto*, se equipara al poder constituyente, en tanto el poder judicial y el poder constituyente quedarían sometidos a un único límite: su propia autolimitación (Martínez Dalmau, 2014, pp. 90 y ss.). Por ello, quienes pregonan una visión de la interpretación constitucional sin controles o métodos que guíen la hermenéutica de los tribunales constitucionales, en realidad defienden la eliminación de las barreras

entre el poder constituyente y los poderes constituidos. En consecuencia, debe considerarse que las interpretaciones evolutivas constituyen una interferencia indebida en las competencias del pueblo como poder constituyente creador del orden jurídico, es decir, una extralimitación de las funciones constitucionales del juez constitucional que genera una ruptura institucional y ontológica.

En este punto, vale retomar que el tipo de interpretación que se adopte —evolutiva u originalista[66]— tendrá una relación directa con la visión que se tenga del poder constituyente, es decir, con aquellas perspectivas que aceptan o niegan su existencia. Las tesis negativas niegan el carácter contingente del poder constituyente, limitando su margen de acción únicamente al momento de creación constitucional, y promueven la necesidad de adoptar ejes interpretativos de naturaleza evolutiva con el fin de dar perpetuidad al texto constitucional y evitar rupturas democráticas que generen nuevos órdenes jurídicos. Sin embargo, dicha dimensión resulta ser la menos democrática, en tanto deja sujeto el cambio constitucional a los poderes constituidos y busca, a su vez, perpetuar un régimen jurídico, lo cual resulta evidentemente contradictorio con la noción material de poder constituyente.

Por otra parte, las dimensiones positivas del poder constituyente, en las que se ancla el NCL, deben responder a una interpretación de carácter originalista

66 GARGARELLA (2017) ha señalado otras variantes del *originalísmo* y la teoría del árbol vivo, señalado la configuración de vías interpretativas originalistas que indican: "la democracia requiere aplicar la Constitución, o cambiarla en caso de que no compartamos en absoluto. Lo que resulta inaceptable es acomodarla a nuestro gusto a través de la interpretación legal (en lugar de modificarla a través de la política."; el *nuevo originalísmo* que se basa en "las intenciones originales de los redactores y sustituirla por una versión parcialmente diferente del originalísmo que el llamo "significado publico original". En este caso, se debe apelar a la comprensión convencional del texto pero con un enfoque contextual de la producción del texto normativo; El *constitucionalismo vivo* donde "el significado de la Constitución varia con el tiempo y que los jueces, en consecuencia, deben interpretar su contenido"; El *originalísmo vivo* que entiende que el originalísmo y el constitucionalismo vivió no son teoría en tensión sino compatibles, así: "la Constitución exige intérpretes que respeten el significado original del texto constitucional- que incluyen no solo reglas, sino también normas y principios abstractos-, pero no por su aplicación original prevista", por ello indica que según el tipo de norma que se intérprete se aplicara una u otra teoría "la base del originalísmo considera, que, al final, la Constitución establece un marco jurídico básico que restringe futuras decisiones a través de reglas estrictas, y que también abre el espacio para el trabajo de futuras generales de intérpretes mediante el establecimiento de principios y normas" "En otras palabras, si los redactores eligieron deliberadamente formulaciones abiertas (castigo cruel e inusual) el significado semántico original se vuelve consistente con las constituciones interpreytatovas: el intérprete estaría autorizado entonces para determinar las consecuencias que tiene los principios y las normas en los casos en concreto", (pp. 180 y SS)

que mantenga incólume la creación constitucional. De esta manera, la legitimidad del texto perdura no solo al momento de su creación, sino durante toda su vigencia, convirtiéndose en un límite a los poderes constituidos. (Fuenzalida, 2005, pp. 296-299).

De todos modos, existen doctrinas que han pregonado la interpretación del texto constitucional como aplicación de la norma con naturaleza creativa (Vigo, 2004, p. 19; Guastini, 1999), produciéndose un traslado de la normatividad de la Constitución hacia la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Además, una visión teleológica de la Constitución nunca impedirá que esta quede en desuso, porque la ontología misma del NCL se encuentra en el carácter transformador y emancipador del texto y del poder constituyente. Por ello, se tiende a maximizar los derechos constitucionales. En todo caso, bajo la ontología del NCL, al juez le quedaría vedada la creación de derecho, ya que ello no es democrático y contraría la visión democrática del texto constitucional, además de los peligros que representa. Así las cosas, la interpretación como creación judicial conlleva que la función judicial se acerque a dinámicas propias de otros órganos de poder. En la interpretación de la Constitución, esto representa la usurpación del poder constituyente, capaz de alterar cualquier sentido lógico de las disposiciones creadas por el pueblo y de contradecir la dinámica propia del poder soberano.

Por todo lo anterior, la asunción de límites a la interpretación que realizan los jueces de la Constitución define el carácter político o jurisdiccional de sus decisiones. La variable decisiva serán los límites externos que conduzcan al juez constitucional a determinada solución entre varias hipótesis posibles (Storini, 2008, p. 40). De esta forma:

> Para que pueda existir dicho control se hace necesario individualizar unos parámetros de referencia, es decir, se requiere la comprobación de la existencia de un canon objetivo de valoración y de criterios predeterminados o predeterminables de composición de este canon: una teoría de la interpretación que permita con su aplicación que el acto de decisión libre se convierta en una decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. (Storini, 2008, p. 41)

Todo poder constituido subordinado a la voluntad constituyente debe ser limitado, [67] lo cual constituye un sustento básico del constitucionalismo. De allí

[67] Al respecto se explica como la limitación viene de efectivos controles a determinadas funciones. Al respecto señala Aragón (1996): "El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya solo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de la Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los

que la interpretación de los tribunales sin control alguno represente un peligro para el pueblo, y que la ausencia de límites fijados por el propio pueblo termine siendo una medida en su contra.

Esta visión positiva del poder constituyente hace que se le considere como un poder permanente, con capacidad de intervenir cuando sea necesario un cambio constitucional. Esta perspectiva conlleva: (1) el refuerzo de la supremacía y validez normativa del texto constitucional, restringiendo a los poderes constituidos; (2) la obligatoriedad de concebir un poder legitimador del orden jurídico; y (3) la restricción del margen de acción de los poderes públicos, dada la capacidad del poder constituyente de interferir en cualquier momento. (Fuenzalida, 2005, p. 299).

Empero, surge la pregunta: ¿cómo articular esa visión del poder constituyente como poder permanente? Desde la perspectiva aquí defendida, resulta necesario implementar dos elementos. Primero, adoptar una visión dual de la democracia que articule al poder constituyente mediante procedimientos democráticos de toma de decisiones para el cambio constitucional (Böckenförde, 2000, pp. 170-172), desmitificando la necesidad de interpretaciones evolutivas para impedir la petrificación de la Constitución. Segundo, incorporar el control de constitucionalidad a las actuaciones de sus representantes, con el fin de mantener intacta la voluntad constituyente. (Ackerman, 1999).

Desde esta visión se eliminarían de plano aquellas doctrinas evolutivas o funcionalistas de la interpretación constitucional que no consultan la ontología del NCL y que, de una u otra manera, no fueron pensadas así por los constituyentes latinoamericanos.[68] Por esta razón, se explica cómo en escenarios constitucionales de bajo reformismo o de bajos niveles de participación democrática para la generación de nuevos saberes constitucionales, se posibilitan mayores márgenes de discrecionalidad a los jueces para adaptar las normas constitucionales a nuevos significados que inicialmente el poder soberano no concibió (Storini, 2022, p. 786). Ello corresponde a una estrategia de los poderes constituidos

cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que al segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable" (p. 95)

68 Véase como el NCL incorpora la necesidad de que las reformas constitucionales sean aprobadas por el pueblo o en su defecto, mecanismo de reforma de naturaleza popular como el caso colombiano. Además de ello, como ya se vio incorpora un control fuerte de constitucionalidad.

para limitar los ámbitos democráticos de participación y amplificar sus poderes, hasta llegar a la usurpación de la calidad de constituyente.

El fundamento del originalismo se articula con el principio de soberanía popular y se concibe, además, como una forma de limitar la discrecionalidad judicial. Por eso, aunque estas doctrinas sean calificadas como «conservadoras», en realidad lo que pregonan es que los cambios constitucionales sean evacuados por las vías institucionales y democráticas establecidas por el constituyente (Gargarella, 2017, p. 117). Además, se formulan como argumentos negativos en contra de las ideas originalistas los siguientes:

1. Las fórmulas de democracia limitada por las que se pretende el cambio constitucional.
2. Las múltiples intenciones de los creadores del texto constitucional que impiden descifrar el significado del texto normativo. (Gargarella, 2017, pp. 180-182).

Respecto del primero de los puntos, las teorías de la Constitución viva señalan que la inalterabilidad de los significados constitucionales termina ocasionando que los vivos sean regulados por normas de los muertos (Gargarella, 2017, p. 186). No obstante, como se verá más adelante, el NCL incorpora mecanismos mediante los cuales el pueblo tiene la competencia de modificar por vías democráticas el texto constitucional, aunque con diversos matices.

Desde otro enfoque democrático, Hart Ely (1997, p. 69) considera inverosímil que una élite no democrática sea quien defina los valores normativos de una sociedad. Incluso recalca que son más democráticos los cambios de la Constitución realizados por el órgano legislativo que aquellos efectuados por los tribunales constitucionales.[69]

Como tesis intermedia en la discusión sobre el originalismo, Gargarella (2017, p. 198), citando a Dworkin, formula la necesidad de que las interpretaciones evolutivas tengan en cuenta las interpretaciones dadas inicialmente por el constituyente. Sin embargo, esta visión toma al poder constituyente como un poder histórico, lo que no resulta conforme con la ontología del NCL —que defiende la continuidad del pueblo como poder constituyente una vez promulgada la Constitución—. Además, mantiene a los jueces en un papel definitivo dentro del asunto.

69 A este enunciado surgen como criticas la teoría de la elección pública que señala que de conformidad con el modo de elección de los jueces de los tribunales constitucionales estos no se ven sometidos a presiones o intereses, no obstante, se responde que dadas la importancia de la interpretación de los textos constitucionales este tipo de decisiones deben de darse en cambios más democráticos, revisar en GARGARELLA (2017, p. 190).

Otras teorías, como las de Gargarella (2017, pp. 203-204), han preceptuado el diálogo democrático para resolver disputas sobre el significado de la Constitución, considerando que las normas son mutables a través de ese diálogo entre los diversos actores de una sociedad. No obstante, esta propuesta resulta contradictoria frente a la misma crítica que formula el autor argentino al cambio constitucional por parte del pueblo, en tanto el diálogo democrático necesita fórmulas democráticas para la toma de decisiones y mecanismos institucionalizados para los cambios bajo un determinado orden jurídico. Ahora bien, si se tratara de constituir un nuevo orden constitucional, la naturaleza misma del poder constituyente llevaría a que fuera el pueblo el encargado de fijar sus propios límites. De allí que la propuesta del autor argentino resulte una suerte de idealismo democrático, que no resuelve en términos definitivos el problema planteado, al tratarse de una teoría demasiado gaseosa y con poco alcance en la realidad práctica.

Así, quienes entienden que la estaticidad del derecho constituye un desvalor en el sistema normativo y que son necesarias las evoluciones a partir de estipulaciones normativas no democráticas y atemporales por el momento histórico en que fueron expedidas, sostienen una idea que, desde un plano estructural, resulta impropia al NCL por su carácter democrático, tanto en el momento de creación como en el evento del cambio constitucional. Del mismo modo, desde esa perspectiva democrática no podrá negarse el valor normativo del texto constitucional, en tanto, si el poder constituyente ha querido mantenerlo vigente, un poder constituido no podrá cambiar, modificar o eliminar sus efectos en la realidad práctica.

Bajo lo expuesto, una teoría de la interpretación constitucional del NCL requiere la aplicación de una interpretación operativa de ideología normativista estática (Wroblewski, 1988, pp. 70-71) [70], prevalente sobre tesis prescriptivas. Ello se explica porque, desde un punto de vista político, es necesario vedar a los poderes públicos la capacidad de realizar mutaciones constitucionales[71], dado

[70] WROBLEWSKY (1988) señala sobre las teorías normativas: "Una teoría normativa se presenta como un conjunto ordenado y completo de las valoraciones y de sus respectivas directivas interpretativas que deberían encauzar la actividad interpretativa y/o expresarse en la justificación de las decisiones interpretativas. *Ex definitione*, una teoría normativa de la interpretación forma un sistema axiológico que justifica toda valoración necesaria en cualquier interpretación legal en general y, en particular, en cualquier justificación de una decisión interpretativa" (pp. 70- 71)

[71] GUASTINI (2015b) expone como contrargumento de las tesis prescriptivas de la interpretación que pretenden atribuir la necesidad de que las normas constitucionales como relaciones políticas sean mutables y dinámicas: " En cualquier caso, la tesis prescriptiva que se está discutiendo se presta para un fácil contraargumento exquisitamente político:

que el cambio constitucional pertenece a otro poder político. A su vez, dicha teoría debe dirigir el sentido de las interpretaciones, delimitando la forma en que debe realizarse la labor hermenéutica. Por ello, como principales argumentos políticos para una ideología de la interpretación estática se presentan: (1) la garantía de los derechos constitucionales; y (2) la consagración de procedimientos especiales para reformar la Constitución (Wroblewski, 1988, p. 78).

De esta manera, la continuidad de la norma también constituye una decisión del poder constituyente, lo que hace necesario entender que la voluntad del poder soberano tiene efectos en la realidad histórica en que se aplica la norma[72]:

> Pero ante el problema del arcaísmo, la solución está en el desarrollo de las posibilidades creadoras del sistema democrático. El progreso no tiene por qué descansar en la actividad judicial sino más bien parece que su sede se encuentra en el desarrollo de aquellas condiciones que favorezcan la dinámica social y la traducción de esta en el ordenamiento jurídico. (Storini, 2008, p. 52)

Guastini (1999, pp. 87-89) explica que la interpretación de la Constitución puede ser muy diferente en constituciones flexibles o rígidas. En las constituciones flexibles, para el legislador, la interpretación se asimila a la de cualquier texto legal; mientras que, en constituciones rígidas, se necesita de la evolución a través de la interpretación constitucional. No obstante, la idea del autor italiano contempla la existencia de un poder constituyente derivado y de cláusulas pétreas que, a tenor de la ontología del poder constituyente, no resultan de recibo. Por ello, debe hablarse de un tipo especial de interpretación del NCL.

---

aun admitiendo que las relaciones políticas cambian y que por ende exigen una regulación siempre nueva, los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por la vía interpretativa; la adaptación de la Constitución a la realidad (política, social, etc.) es trabajo de la enmienda [*revisione*] constitucional, no de la interpretación. ¿Por qué, en la inercia del "legislador constitucional", la renovación (actualización) de la Constitución debería cumplirse por vía interpretativa, por ciertos ciudadanos (los juristas) y/o por órganos que no obstante no son competentes para enmendar la Constitución (los jueces constitucionales)". (p. 2015)

72 A pesar de que STORINI (2008) parta de una visión democrática representativa, mutatis mutandis se puede hacer un símil entendiendo el poder soberano del poder constituyente como creador del orden constitucional en el NCL de lo dicho por la autora, entre tanto: "Para resolver estos inconvenientes puede contestarse que la voluntad del legislador no se agota en la de aquel que dicto la norma, ya que si esta se mantiene es porque el legislador actual así lo ha decidido, aunque implícitamente. El mantenimiento de la norma conllevaría, por tanto, la aceptación por parte del legislador actual de la voluntad del legislador que la elabora. La filosofía propia del sistema democrático debe necesariamente conducir a este planteamiento. No se puede partir del presupuesto de que el legislador actual sea ignorante o negligente y por tanto, hay que entender que la voluntad del legislador histórico es conocida, y que si no cambia es porque no se quiere hacerlo." (p. 52)

Así las cosas, una teoría de la interpretación desde el NCL implica una articulación entre «soberanía, poder constituyente y modalidades de reforma constitucional», entendiendo que una determinada teoría de la interpretación lleva implícita una ideología que conlleva la fijación de parámetros normativos para guiar la labor hermenéutica del intérprete auténtico sustituto del texto constitucional (Storini, 2022, p. 768). Por ello, se defiende la idea de que los tribunales constitucionales toman decisiones jurídicas sometidas a límites impuestos por el poder constituyente, tomando como referencia su argumentación y decisión. En este marco, la motivación será la pieza central que permite señalar si la providencia es legítima o no.

Como en algún momento se mencionó, el intérprete auténtico se diferencia del auténtico «sustituto» en que el primero, al ser un poder político, no requiere motivar sus decisiones; mientras que el segundo, al ser un poder de índole judicial, sí requiere motivarlas. (Canosa, 1988, p. 30).

Con todo, en una teoría de la interpretación debe diferenciarse entre las características propias de la Constitución y la ideología misma del texto constitucional. Los criterios de interpretación deberán favorecer la aplicación de la segunda, creando reglas de preferencia dentro del sistema jurídico. Al respecto, Aguiló (2012) señala:

> La diferencia radica en que mientras que en el primer caso lo que se está diciendo es que la democracia es una de las propiedades o características de la constitución en cuestión, en el segundo lo que se afirma es que esa propiedad, la de ser una constitución democrática, debe prevalecer frente a otras posibles propiedades de esa misma constitución que pudieran entrar en conflicto con ella. En este sentido, las distintas concepciones de la constitución lo que hacen es tomar una o varias propiedades de la constitución y elevarlas a la categoría de propiedades «rectoras» de esa constitución. El garantismo, el originalísmo, el procedimentalismo, el mecanicismo, el sustantivismo, el principialismo, etc., en cuanto concepciones de la constitución no niegan que junto a ciertas propiedades de la constitución coexistan otras, lo que afirman es que en caso de incertidumbre, indeterminación, conflicto, etc., cierta propiedad de la constitución debe prevalecer sobre las demás. Las disputas entre concepciones de la constitución no versan sobre las propiedades que caracterizan a una constitución, sino sobre la preeminencia de unas sobre otras. No se trata de disputas sobre cómo deben ser descritas las cosas (no se discuten las propiedades de una constitución), sino sobre cómo deben ser preferidas (se discute qué propiedad pesa más en caso de conflicto). (p. 251)

Así, pese a que la naturaleza del poder constituyente ha fungido como límite intrínseco a la interpretación constitucional en diferentes ocasiones,[73] se hace necesario consolidar controles explícitos a la interpretación constitucional. Los tribunales constitucionales, como cualquier otro poder, requieren límites que conviertan sus resultados interpretativos en actos jurisdiccionales y no políticos. Ello es así por dos razones: (1) una visión política de las decisiones de los tribunales constitucionales implica su asimilación al poder legislativo y al poder ejecutivo; y (2) el carácter del poder constituyente como poder sin límite alguno. De esta forma, las decisiones de los tribunales constitucionales, al no estar democráticamente legitimadas, deben ostentar una connotación jurisdiccional. En ese contexto, el objeto que permite determinar el carácter legítimo de la decisión es la motivación judicial, la cual, además, debe hacer evidentes los métodos utilizados por el juez constitucional, constituyéndose en una forma de control a la interpretación. (Storini, 2008, p. 36).

A pesar de que la interpretación constitucional se ha encontrado circunscrita a teorías positivistas que defienden la lógica como único elemento para llenar los vacíos del sistema jurídico, conviene indicar que una visión democrática de la interpretación requiere elementos legitimadores y de control para que dichos vacíos sean colmados por el juez constitucional.[74] Ello es así porque las dinámicas de la interpretación deben tener en cuenta factores y elementos que están por fuera de la norma (Storini, 2008, p. 54), los cuales, en el NCL, se hacen más notorios (Prieto Sanchis, 1991, p. 181). En cualquier caso, la dinámica propia de la interpretación jurídica conlleva que en cada acto hermenéutico exista una

73 En el caso colombiano se puede ver que desde un punto de vista procedimental el poder constituyente ha limitado reformas constitucionales (Corte constitucional, sentencias: C-544 de 1992, C- 245 de 1996, C- 643 de 2000, C- 614 de 2002, C- 1077 de 2012); desde una noción revolucionaria entendiendo que este solo se puede manifestar desde las rupturas institucionales (Corte Constitucional, sentencias: C-551 de 2003, C- 1200 de 2003, C- 141 de 2010, c- 141 de 2010); desde la noción consuetudinaria del poder constituyente como poder que se revela de manera informal ante las realidades sociales (Corte Constitucional, sentencias: C- 744 de 2001, SU- 623 de 2001, C-841 de 2001, C-075 de 2007, C- 029 de 2009, C- 577 de 2011, SU- 617 de 2014, C-07 de 2015, C- 623 de 2015, SU- 214 de 2016); desde una noción valorativa del poder constituyente que exige ejercicio de racionalidad para la validez de las normas (Corte Constitucional, sentencia: C-221 de 1994, C- 1078 de 2007, C-221 de 1994, c- 491 de 2009), ver en Franco (2017, p. 31 y ss)

74 En este sentido, visiones como las de Ferrajoli defienden que esos vacíos jurídicos sean llenados por el legislador como poder más democráticos, sin embargo, esta posición está sustentado en un sistema de democracia representativa y un régimen parlamentario que no es asimilable a los modelos del NCL que se anclan en fuertes sistemas presidenciales de gobierno y el empleo de un modelo de democracia participativa.

decisión de carácter subjetivo por parte del operador judicial. No obstante, se hace necesario que dicho margen sea reducido en la mayor medida posible por el poder soberano, con el fin de guiar la interpretación del intérprete auténtico sustituto, legitimar su accionar y defender los contenidos constitucionales.

Por esto, una interpretación limitada y controlable será una interpretación democrática, pero a su vez jurisdiccional, en tanto reconoce la existencia de una voluntad superior a la función constituida que desempeñan los jueces constitucionales.

No puede perderse de vista lo explicado por Storini (2022, p. 775), al indicar que los métodos y criterios de interpretación terminan siendo verdaderos límites a la discrecionalidad y al amplio margen decisional de los jueces. Sin embargo, también representan una ideología[75] y una ontología del derecho. Ahora bien, en el NCL dicha interpretación deberá estar ligada a una perspectiva ideológica democrática en clave de poder constituyente que limite la actuación del poder judicial:

> Aunque no sea fácil determinar esta diferencia de modo claro, si que puedes ser defendida una diferencia en el nivel de libertad concedido en los dos supuestos. Ambas hipótesis comportan un grado de discrecionalidad directamente proporcional al tipo de textos preexistentes. Ni el constituyente, ni el legislador están vinculados a los textos preexistentes, pero si los jueces y la intensidad de esta vinculación depende de los textos, y aunque pueda llegar a ser mínima, como en el caso de la Constitución, sigue siendo un límite, porque en principio tendría que ser imposible para el Tribunal Constitucional atribuir a un texto cualquier significado. (Storini, 2022, p. 39)

A partir de allí, deberán diferenciarse los criterios de interpretación de la argumentación. Los primeros deben ser entendidos como directrices interpretativas de naturaleza previa a la interpretación; la segunda, en cambio, constituye el sustento de la interpretación y opera de manera posterior. (Aguiló, 2012, pp. 239-240).

Por ello, los criterios[76] de interpretación, como método conexo a una visión ontológica del derecho —que, por ejemplo, en las ideas positivistas concebía el derecho como una creación del legislador—, bajo el prisma del NCL representan

---

75 Al respecto PRIETO (1991) define esta ideología: "Es bastante corriente referirse a la ideología judicial o, mejor, a las ideologías judiciales para aludir al sistema de opiniones y de valores susceptibles de influenciar o condicionar el comportamiento de los jueces o, si se refiere al conjunto de postulados y valoraciones que determinan como debe tomar el juez sus decisiones. Cada ideología expresa, pues un modelo de juez y, por tanto, un paradigma de interpretación;" En "Notas sobre la interpretación constitucional". (p. 181)

76 Le podremos denominar reglas, directrices o guías.

el derecho como una creación popular. Sin embargo, las distintas dimensiones o conceptualizaciones del poder constituyente pueden modificar la naturaleza misma del derecho que se quiere representar, generando resultados contradictorios ante dos conceptualizaciones diferentes de esta noción.[77]

Así las cosas, con el objetivo de denotar la naturaleza del derecho que se quiere garantizar y de entregar unos mínimos de independencia judicial, se hace necesario contemplar diversos métodos de interpretación que desarrollen las diferentes facetas del derecho y otorguen al juez ciertos márgenes para descifrar el contenido del poder constituyente. No obstante, ante la variedad de métodos que reflejan una discrecionalidad para el juez al momento de escoger aquel que permita orientar la decisión, se requieren reglas de preferencia entre uno y otro método. (Storini, 2008, p. 44).

Piénsese cómo, dado el carácter objetivo de los derechos fundamentales, estos obligan al poder ejecutivo y legislativo a desarrollar unos presupuestos mínimos y a abstenerse de vulnerar la Constitución. Ello denota, con mayor razón, la necesidad de que los jueces también tengan límites.

77 FRANCO (2017) realiza un estudio en donde identifica cuatro conceptualizaciones del poder constituyente que respecto de su naturaleza jurídica resultan ser contradictorias, ello es una visión: procedimental, revolucionaria, consuetudinaria y valorativa: "Por último, como el hecho determinante que diferencia a las cuatro nociones presentadas consiste en la forma como el poder constituyente puede desplegar su competencia, ello tiene una consecuencia directa en la función judicial, y es que la existencia de las cuatro nociones presentadas deriva en cuatro formas distintas de concebir el objeto y los límites de la interpretación constitucional. No resulta lo mismo un juez que se justifique axiomáticamente en la existencia de un poder constituyente intrasistémico y capaz de refundar jurídicamente el sistema (noción procedimental); a uno que lo entienda como una fuerza fáctica y revolucionaria; como tampoco resulta equiparable a un juez que entienda al soberano como una potestad viviente, cotidiana y silenciosa (noción consuetudinaria),o que lo asuma como un poder limitado por la racionalidad práctica (noción valorativa) pues en cada caso lo que podrá y no podrá hacer para respetar el poder al que se encuentra sometido resulta diametralmente opuesto. Mientras en el primer caso deberá abstenerse de juzgar sustancialmente las normas producidas por los procedimientos de enmienda; y más aún, debería adoptar una actitud que favorezca el uso de tales mecanismos como forma de actualizar la unidad política; en el segundo deberá escrutar la sustancialidad de las normas constituyentes para excluir aquellas que alteren la esencia del pacto político fundacional. En el tercer caso debería abstenerse de adoptar una función conservativa de las formas o de las decisiones políticas, en la medida que estas cambian por vías informales, y dicha informalidad sería el hecho al que se encontraría sujeto. Finalmente, en la cuarta perspectiva, debe obrar como un censor de los criterios sustanciales que legitiman el despliegue legítimo del poder de creación constitucional. En otras palabras, la noción de poder constituyente que utilice el juez constitucional termina por erigirse en una fuente que modifica el objeto de la interpretación constitucional, y por consiguiente, su propio límite. Así, la elasticidad de ese concepto conlleva que la función de interpretar la Constitución sea igualmente elástica frente a su objeto, y límites." (p. 29- 30)

Las normas de las constituciones del NCL, dado su amplio margen de abstracción, acentúan la necesidad de concretización de la interpretación jurídica como procedimiento hermenéutico reglado que legitime la acción judicial, más aún en sistemas con controles fuertes de constitucionalidad. En consecuencia, es imperioso diferenciar dos situaciones que retoman tanto el carácter jurisdiccional y no político de las decisiones judiciales como el carácter soberano del poder constituyente: por un lado, la limitación de la función de los jueces constitucionales como poderes constituidos; por otro, la decisión política del poder constituyente de definir los métodos o procedimientos interpretativos para el desarrollo de la hermenéutica constitucional. Por ello, el libre arbitrio del juez constitucional al elegir el método que utilizará conlleva indefectiblemente que este asuma una verdadera función de poder constituyente. Al respecto, Storini (2021) menciona:

> La relevancia del elemento metodológico en la tarea interpretativa no se limita a la perspectiva de la racionalidad, sino que abarca también un elemento de carácter político. En este sentido, es necesario entender que el Derecho, y por tanto las disposiciones normativas que lo conforman y que se traducen en normas de aplicación por medio de decisiones que no se producen, en línea de principio, según los procedimientos democráticos propios de la elaboración de dichas disposiciones normativas. Por estas razones es aún más fuerte la exigencia de someter a verificación el método de trabajo del intérprete y a una valoración crítica su racionalidad, con el fin de garantizar que la decisión jurisdiccional no sobrepase, transgrediéndolos, los textos dispositivos, y no altere, por tanto, mediante la atribución al poder jurisdiccional de poderes impropios, las garantías impuestas al juego político democrático. (p. 780)

Es de advertir que los límites a la interpretación democrática de la Constitución no encierran, en sí mismos, una lucha entre dogmáticas iusnaturalistas e iuspositivistas.[78] Por el contrario, como ya se dijo, buscan asumir una ideología del derecho representada en el Estado democrático y constitucional de derecho, que en el NCL se refleja mediante la articulación de métodos de interpretación en defensa de la voluntad popular como autoridad suprema. A su vez, dicha

78 STORINI (2021) explica: "En este sentido, una visión del poder constituyente como concepto político y no jurídico no encuentra asidero ni el iusnaturalismo ni en el iuspositivismo como dogmáticas jurídicas; en tanto por ejemplo el iusnaturalismo desprecia la idea de Constitución normativa dado su carácter eminentemente valorativo y el iuspositivismo concentra sus esfuerzos en el carácter eminentemente semántico- lógico que dirige sus esfuerzos en la normatividad del texto, despreciando al poder constituyente como elemento creador del texto constitucional. (p. 781)

voluntad tiene una connotación transformadora, revolucionaria, rupturista y emancipatoria.

En todo caso, con el fin de evitar la usurpación del poder constituyente por los poderes constituidos, se requieren límites al ejercicio interpretativo, que deben ser revisitados desde un punto de vista procedimental. Esto exige establecer una serie de principios, reglas y métodos que eviten las mutaciones constitucionales como desbalances del sistema constitucional y desconocimiento de la ontología misma del constitucionalismo democrático. En esta medida:

> La constatación de la inexistencia de esas estructuras argumentativas haría que el Tribunal quedara libre de actuar como poder soberano y el único freno al constante desarrollo de sus poderes, tanto en sentido cuantitativo como cualitativo, podría encontrarse en el nivel sustancial del consenso de los ciudadanos, de las demás instituciones y de los componentes sociales que constituyen la base legitimadora de tal poder. (Storini, 2022, p. 803)

Asimismo, las visiones iusnaturalistas y positivistas han sido incapaces de poner límites suficientes a la hermenéutica constitucional. Desde el plano positivista, se acoge una soberbia lógica que entiende la interpretación como una fórmula capaz de descifrar por sí misma el carácter objetivo del enunciado normativo, haciendo innecesario explicitar mecanismos de control a la interpretación.[79] Desde el iusnaturalismo,[80] por su parte, se fomenta la discrecionalidad judicial y la concepción del derecho como creación normativa a raíz de componentes axiológicos. [81]

Con ello, no se quiere decir que, adoptando lo planteado, desaparezca la discrecionalidad judicial del ámbito decisionista de la función jurisdiccional. Sin embargo, sí se permitiría un mayor grado de legitimación de las decisiones y la fijación de límites al actuar judicial, lo que a su vez ocasionaría la disminución de la libertad del juez y conduciría a decisiones medianamente previsibles. [82] Se

---

79 Al respecto señala la autora sobre el positivismo: "Es sabido que para estos teóricos la interpretación no necesita ningún elemento integrante que no sea la rigurosa lógica del jurista. La decisión del intérprete sobre el derecho se formula a través de la simple deducción de tipo lógico derivada de los contenidos normativos" (*Ibid*., p. 770.)

80 STORINI (2008) indica: "lo es, desde luego, la opción por el iusnaturalismo porque, so pretexto de lo inmanente, desprecia la voluntad – y, por tanto, la soberanía popular; (…) o la determinación de las prioridades entre ellos es, a fin de cuentas, una elección personal igualmente ajena a la voluntad popular." (p. 781)

81 El neoconstitucionalismo podrá aglutinar estas incapacidades, sin embargo, han acudido a procedimientos extrasistémicos para legitimar su accionar subjetivo, pónganse de ejemplo la ponderación y el principio de proporcionalidad.

82 De esta forma se explica como efectivos controles a la interpretación constitucional no pueden entregar respuesta exactas pero sí determinar la existencia de una coherencia argu-

acoge, de cualquier manera, una teoría intermedia que entiende el peligro de las teorías escépticas de la interpretación, pero también la imposibilidad de control de las teorías cognitivas. Por ello, se hace necesario que, *mutatis mutandis*, se refleje la aplicación del principio de separación de poderes, la diferencia entre poder constituyente y poder constituido, así como la sujeción del intérprete auténtico sustituto a la Constitución.[83]

Conviene anotar que, en sí mismas, las teorías de la interpretación conllevan un concepto que define las funciones del intérprete al momento de precisar los contenidos del texto constitucional. De allí que las teorías cognitivas sean entendidas, desde una definición lexicográfica, como un mero acto de conocimiento; las teorías escépticas entiendan la interpretación, de forma estipulativa, como un acto de voluntad de naturaleza creativa; y las teorías mixtas la conciban como la existencia de un acto volitivo del intérprete sujeto a los significados convencionales del texto normativo. (Aguiló, 2012, p. 239).

En este sentido, la teoría de la interpretación que se propone tiene como finalidad las pretensiones de las teorías cognitivas, pero no pierde de vista la desconfianza que generan las teorías escépticas en la interpretación constitucional. De allí la necesidad de que el constituyente fije pautas interpretativas orientadas a controlar los márgenes hermenéuticos de los jueces. Una teoría de la interpretación constitucional en el NCL, dados sus amplios elementos políticos, eventualmente generará ámbitos de discrecionalidad judicial; sin embargo, dichos ámbitos deben estar avalados y regulados por el poder soberano para que la decisión sea legítima.

De esta forma, no es igual que el propio constituyente entregue de manera expresa a los jueces constitucionales determinados márgenes de discrecionalidad para la toma de decisiones, a que sean los mismos jueces quienes se atribuyan

---

mentativa que cierre la brechas de discrecionalidad del operado judicial. Por esta razón explica STORINI (2008): "No obstante, resulta evidente que el significado del *interpretandum* puede ser alcanzado solo por medio de la aplicación de criterios interpretativos, y por tanto, se puede llegar a defender que dicho criterio de control de la exactitud es inaccesible, y que la utilización de los diferentes criterios de interpretación no puede ser evaluada por medio de un parámetro externo, sino que ello se controlan por si mismos: es decir, que el único control posible es un control de coherencia de su aplicación". (pp. 43)

83 Al respecto GUASTINI (1999) ha señalado sobre las teorías cognitivas de la interpretación advirtiendo que su análisis se realiza desde una visión reduccionista del poder constituyente por eso nuestra idea varia de la del autor italiano. Por ello a pesar de que sea imposible reducir el elemento volitivo de las decisiones judiciales, si es necesario tener en cuenta los fines que persoguen las teorías cognitivas: "Evidentemente, la teoría cognitiva de la interpretación está estrechamente conectada con la doctrina de la separación de poderes, con el principio de sujeción del juez a la ley (principio de legalidad en la jurisdicción) y con el "mito de la certeza del derecho". (p. 14)

dichos márgenes con el fin de amplificar sus poderes mediante criterios interpretativos extrasistémicos (Prieto Sanchis, 1991, pp. 180-181),[84] que pueden representar una ideología no acorde con la voluntad popular. Por ello, independientemente del resultado de la interpretación del juez constitucional, la sujeción estricta a los métodos y criterios impuestos por el poder soberano hará legítima su decisión.

En todo caso, en una interpretación democrática de la Constitución deben desaparecer los escenarios de creacionismo judicial que generan desequilibrios institucionales contrarios al ser del NCL. Así, no podrá entenderse la interpretación como acto de creación, en tanto esta debe ser concebida como un ejercicio dirigido a desentrañar el significado de un postulado normativo. Por ello, ha sido recurrente que en escenarios de interpretaciones ilegítimas que conducen a creaciones normativas se presenten dos presupuestos: (1) la formulación de una interpretación jurídica no sometida lógicamente a otra norma preexistente; y (2) la falta de justificación de la nueva regla que se crea. (Storini, 2008, p. 38).

De allí que construcciones doctrinales como la ponderación, de evidente naturaleza subjetiva y discrecional, funcionen como un manto de legitimidad de la decisión judicial a partir del establecimiento de un procedimiento medianamente «racional». Por eso, han sido los mismos tribunales quienes han fijado estos procedimientos, con el propósito de legitimar sus actuaciones, incluso cuando pueden ser contrarias al propio texto constitucional.

A pesar de que se señale el carácter casuístico de las normas constitucionales, la imprevisibilidad de las resoluciones de los casos que surgirán una vez creado el texto constitucional y la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en la Constitución, se hace indispensable formular una teoría general de la interpretación constitucional que contenga una metodología propia. Ello es aún más necesario en sistemas como los estudiados por el NCL, entendiendo que una teoría de la Constitución necesita una teoría de la interpretación.

Así, las necesidades de esta teoría son transversales a la condición de limitar los escenarios de creación judicial que convierten a este poder constituido en un poder constituyente capaz de elaborar sus propias reglas de interpretación

84 De la misma manera GUASTINI (1998) señala sobre las ideas iusnaturalista que conviven la interpretación como un acto de creación: "Comúnmente, la interpretación de la declaración de derechos en clave iusnaturalista se acompaña de la idea de que el elenco de los derechos expresamente mencionados en la Constitución es una lista abierta y, por tanto, susceptible de ser integrada: no se dice, de hecho, que el reconocimiento de derechos naturales por el constituyente sea completo o exhaustivo. Además, la interpretación iusnaturalista fácilmente induce a pensar que la declaración de derechos, esta sustraída a la reforma constitucional." (pp. 35- 36)

y poner en discusión la legitimidad democrática de sus decisiones. De allí que una guía metodológica políticamente definida por el poder soberano se constituya como un control a la función judicial, capaz de reconducir sus facultades a verdaderos ejercicios jurisdiccionales. Por ello se reitera que el carácter judicial de las decisiones de los tribunales constitucionales depende de un criterio eminentemente democrático, es decir, de una teoría de la interpretación que imponga límites y legitime el accionar de los jueces. (Storini, 2008, pp. 59-60).

Además, la fijación de límites interpretativos revalúa la concepción histórica del poder constituyente y, por el contrario, favorece una perspectiva conceptual del mismo, que no desaparece al momento de creación constitucional (Franco, 2017, p. 4). Así, el poder constituyente en el NCL se articula a los múltiples escenarios de participación directa del pueblo en las decisiones políticas,[85] siendo su presencia continua en el ordenamiento jurídico la que impone límites hermenéuticos a los tribunales. Por ello, la interpretación constitucional tiene una relación de articulación con las estructuras democráticas acogidas en cada orden constitucional:

> Así mismo, como una característica común se encuentra que el poder constituyente resulta concurrente en el ordenamiento constitucional, o dicho de otro modo, posee una naturaleza intra-sistemática frente al ordenamiento constitución al que le permite interactuar con éste. Debe notarse que los mecanismos agravados de creación normativa que pueden ser utilizados para desplegar este poder, si bien son especiales, no por eso son necesariamente extraordinarios. Por el contrario, los ordenamientos constitucionales pueden estipular que los mecanismos agravados estén disponibles en todo momento para ser usados, sin que sea necesario que ocurra algún fenómeno fáctico extraordinario, más allá del cumplimiento de los requisitos especiales establecidos para que operen. Justamente esa disponibilidad es la razón por la cual son medios ordinarios, y hacen que el poder constituyente sea una fuerza presente intra-sistémicamente en los ordenamientos constitucionales. (Franco, 2017, p. 22)

De cualquier modo, los límites interpretativos representan una evolución de los límites implícitos o de las construcciones doctrinales, avanzando hacia reglas explícitas que dejen expuesta la interpretación contraria a la voluntad popular. Esto permite superar los límites propios del objeto de interpretación y

---

85 Esta visión puede acompañarse con lo dicho por FRANCO (2017) al catalogarse el poder constituyente como un poder consuetudinario, sin embargo, en el NCL el ámbito consuetudinario se institucionaliza y concentra en mecanismos de participación democrática, mecanismos de control de constitucionalidad de naturaleza popular o incluso vías no institucionales. En *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente*, *op, cit,* p. 22.

avanzar hacia modelos de control intraorgánicos que respondan al ejercicio de una función jurisdiccional y controlen, a su vez, los actos de creación normativa. (Franco, 2017, p. 8).

En referencia a lo anterior, dichos controles, así como la construcción de una teoría de la interpretación constitucional, resultan más que necesarios en constituciones como las del NCL, proclamadas como constituciones democráticas que normativamente tienen un carácter dúctil e invasor, no solo del ordenamiento jurídico, sino también de las realidades sociales. Ello hace imperioso imponer límites para el respeto de la voluntad popular y de los elementos que encierra la concepción del poder constituyente como poder soberano.

De esta forma, los escenarios de interpretación constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad, que conllevan una función descriptiva[86] y a su vez normativa (Wroblewski, 1988, pp. 70-71), requieren elementos de sujeción al intérprete según los elementos puestos en juego, esto es, el respeto por el principio democrático y de separación de poderes, la soberanía popular, la defensa de los derechos fundamentales, entre otros.

Así, la estipulación de criterios hermenéuticos para el desarrollo de la interpretación constitucional permite determinar el grado de legitimidad de las decisiones tomadas por los tribunales constitucionales, predisponiendo un resultado interpretativo para el juez.

Como ya se vio, los textos constitucionales del NCL son eminentemente principialistas, complejos y pluralistas, lo que hace que la ponderación aparezca prácticamente como un método forzoso para resolver los conflictos que surgen entre normas. Debe resaltarse que el poder constituyente no estableció una jerarquía entre derechos o principios en los textos del NCL, lo que hace necesario adoptar un concepto amplio de interpretación.[87] Así, las decisiones de los tribunales constitucionales en el NCL, a diferencia de lo que ocurre en los Estados clásicos de derecho, pueden terminar siendo verdaderas decisiones políticas, ya que las disputas de derechos no podrán resolverse bajo la metodología de solución de conflictos normativos propia del Estado de derecho, como la subsunción. (Martínez Dalmau, 2012c).

No obstante, se considera que las decisiones proferidas por los tribunales constitucionales son verdaderas decisiones jurídicas, aunque con especiales com-

86 Las tesis prescriptivas indican que la interpretación constitucional requiere un método especifico diferente al de la Ley.

87 GUASTINI (1999) señala: "Ello es así dado que el carácter abierto, vago, ambiguo y principisliasta requiere que se utilice la interpretación para desentrañar el significado de la formulación normativa a diferencia de teorías restrictivas que indica que la interpretación solo se utiliza para casos en donde exista oscuridad o llamados "casos difíciles", (pp. 4-5)

ponentes políticos. Ello se debe a dos elementos: (1) desde un punto de vista procedimental, las decisiones de los tribunales constitucionales no son construidas en escenarios y trámites democráticos; y (2) por la naturaleza normativa de la Constitución, en la cual, por mandato expreso del poder constituyente, esta es una verdadera norma jurídica. De allí que, pese a que existan escenarios de discrecionalidad judicial, la decisión se tome con fundamento en razones jurídicas. Con todo, la construcción dogmática de las decisiones de los jueces constitucionales como decisiones políticas impide que la Constitución tenga carácter normativo y la reduce a un proyecto político (Storini, 2022, p. 802), tesis que no está acorde con los cánones del NCL.

Se considera, entonces, que en constituciones como las del NCL, caracterizadas por ser extensas y amplias en derechos, con una vocación claramente principialista, la interpretación representa una teoría no solo de la Constitución, sino también del poder. Así, las disposiciones normativas, como signos lingüísticos, y la norma, como significado de la disposición producido mediante interpretación (Wroblewski, 1988, p. 26), adquieren mayor importancia en escenarios de amplitud conceptual regidos por principios jurídicos, planteando situaciones no solo de interpretación, sino también de concretización y aplicación normativa (Guastini, 2015b, pp. 2049-2057).

1.5.2.- Modelos y límites en la interpretación en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

La novedad del NCL frente a la interpretación constitucional, dada la complejidad y estructura normativa de estas constituciones, consiste en que el constituyente ha contemplado límites a la función interpretativa de los tribunales constitucionales, o lo que se ha denominado *controlling watchmen* (Martínez Dalmau, 2011, p. 448). Con ello se superan los elementos estructurales que buscan democratizar la justicia constitucional desde un ámbito externo (Noguera, 2011a; Noguera, 2011b; Noguera, 2013), para exigir que ese especial componente democrático también esté inserto en la decisión judicial. Se trata, en últimas, de una legitimidad funcional *a posteriori*.

En este sentido, el ejercicio del control de constitucionalidad y la justicia constitucional han desembocado en la necesidad de revisar las facultades de los jueces constitucionales, en tanto estas interfieren directamente en la concepción del Estado democrático. Ello ocurre a raíz de la reestructuración del principio de separación de poderes, dadas las profusas intromisiones del poder judicial frente a otros poderes, lo que ha llevado a buscar controles frente a los controladores. (Zuleta, 2012).

No puede perderse de vista que el constituyente ha advertido el peligro que conlleva un ejercicio inadecuado de la interpretación constitucional. Frente a la

limitación de la función interpretativa de los tribunales constitucionales pueden identificarse dos escenarios. En primer término, aparecen unas líneas primigenias e incipientes de guía o limitación de la interpretación constitucional en las constituciones de Colombia y Venezuela, en las que se denota la apertura al derecho internacional de los derechos humanos y la aplicación del principio *pro homine*, pero no mucho más. En estos casos se otorga un amplio margen de discrecionalidad a los tribunales para definir los criterios interpretativos que encauzarán sus decisiones.

En todo caso, es menester recalcar que, en un primer momento, las corrientes progresistas propias del contexto histórico en que se dieron las constituyentes de Colombia y Venezuela no hicieron foco en evitar los excesos interpretativos de los jueces constitucionales. Su preocupación estuvo concentrada, más bien, en dotar al texto constitucional de cláusulas efectivas que hicieran operativas las normas constitucionales. Se trató, entonces, de limitar la omisión del juez constitucional al momento de aplicar la norma. No obstante, ello se tradujo en un fortalecimiento de los jueces en detrimento de los demás poderes, ampliando su margen interpretativo.

Por otra parte, las constituciones más recientes del NCL incorporan verdaderas guías de interpretación para los tribunales constitucionales, estableciendo cauces genuinos para la toma de decisiones y dotándolas de legitimidad democrática. En el caso boliviano, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará guiado preferentemente por la voluntad del constituyente, apelando a los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente, así como al tenor literal de la norma. De la misma forma, su interpretación deberá orientarse a desentrañar el efecto útil de las normas constitucionales para garantizar su vigencia.

De allí que se trate del empleo preferente del método de interpretación originario y literal del texto constitucional, aunque sin establecer de manera clara un predominio exclusivo de este método, en atención a que se habla de una «preferencia». Esto otorga al intérprete la posibilidad de aplicar otros métodos que permitan desentrañar la voluntad del constituyente. En el mismo sentido, el numeral 1 del artículo 196 implica que, en cualquier caso, se hace necesario encontrar el efecto útil de la norma para la garantía y vigencia de los derechos. Sin embargo, ello podría resultar contradictorio con el numeral 2, en tanto el método originalista y literal de la norma puede no permitir, en ciertos escenarios, la efectividad del texto constitucional, generando una tensión interna entre estos límites.

El caso ecuatoriano resulta aún más interesante, en tanto contiene una amalgama de criterios interpretativos más amplia. En primer lugar, el artículo

11 de la Constitución señala que todos los servidores públicos deberán interpretar la norma de manera que favorezca su efectividad. A su vez, el artículo 427 establece que la interpretación constitucional de la Corte Constitucional se realizará conforme al tenor literal que más se ajuste a la norma en su integralidad; pero, en caso de duda, se aplicará el sentido que más favorezca la vigencia de los derechos, la voluntad del poder constituyente y, además, los principios generales de la interpretación constitucional.

Sin embargo, puede advertirse que no se trata de criterios exclusivos de interpretación de la Constitución, pues podrían aplicarse otros criterios interpretativos distintos a los evocados en el texto constitucional. Esto deja una puerta abierta a la discrecionalidad judicial, que puede conllevar la indeseable mutación y «evolución» de la Constitución que el constituyente quiso evitar. (Martínez Dalmau, 2008, p. 286).

En cualquier caso, el artículo 427 establece dos niveles de interpretación. El primero está dirigido a los llamados «casos fáciles», en los que deberá privilegiarse el tenor literal y contextual de la norma. El segundo opera en los llamados «casos difíciles», en los que se aplicará la búsqueda de la efectividad de los derechos constitucionales y de la voluntad originaria, aunque también podrán consultarse otros criterios. (Martínez Dalmau, 2012c, p. 452).

Por ello, la interpretación de la Constitución democrática exige la existencia de un intérprete auténtico sustituto que descifre la voluntad constituyente a partir de los documentos emanados de los periodos de creación constitucional, teniendo en cuenta especiales componentes políticos y metajurídicos que permitan precisar el contenido de la norma (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 78). Así las cosas, Martínez Dalmau (2012c, p. 306) destaca que las constituciones de Ecuador y Bolivia implementaron mecanismos de limitación democrática a los tribunales constitucionales respecto de su interpretación, en tanto el mismo texto preceptúa la forma en que deben ser aplicados los contenidos constitucionales. En este marco, siempre debe favorecerse la primacía de los derechos constitucionales, apelando a la voluntad del poder constituyente y articulando los factores orgánico-estructurales de legitimidad democrática:

> De esta forma, las nuevas constituciones no sólo incorporan una mayor legitimidad en aquellas personas que van acabar interpretando la constitución, sino que también permite controlarlos y decirles: ustedes tienen la obligación de seguir la voluntad del poder constituyente a la hora de interpretar la Constitución. (Martínez Dalmau, 2012c, p. 306)

En todo caso, las constituciones del NCL rompen gradualmente con las concepciones tanto naturalistas como positivistas que entienden que la interpretación de la Constitución debe utilizar todos los criterios posibles de aplicación.

Esta comprensión obedece claramente a una visión que concibe la interpretación sin controles para el intérprete. Sin embargo, en la interpretación democrática de la Constitución será posible aplicar una variedad de criterios solo si el constituyente así lo dispone. Empero, una ideología propia del poder constituyente requiere privilegiar determinados métodos sobre otros.

Puede observarse que las constituciones más recientes del NCL apelan al método histórico como fórmula para preservar la voluntad popular, retomando teorías subjetivas de la interpretación que indagan por la intención del creador del texto normativo.

Ahora bien, pese a la visión principialista de las constituciones del NCL, que a su vez entregan amplias facultades a los jueces por el modelo mixto de control de constitucionalidad —de manera predominante—, en la interpretación de la Constitución democrática es necesario advertir que dicha hermenéutica deberá estar guiada por dos presupuestos orientados a reducir el margen de discrecionalidad. Primero, el respeto y cumplimiento irrestricto de las reglas constitucionales, lo que implica que estas no puedan ser relativizadas por un principio constitucional; presupuesto aplicable tanto al juez ordinario como al juez constitucional. Segundo, la obediencia al precedente constitucional del tribunal u órgano competente designado por el poder constituyente, en tanto es la única autoridad judicial con capacidad de dar respuesta política a las controversias planteadas en un conflicto de derechos. Por ello, se destaca que, si bien el papel del juez ordinario ayuda a la garantía y defensa de la Constitución, su limitación resulta necesaria para salvaguardar tanto la estructura orgánica diseñada por el constituyente como su voluntad plasmada en los derechos constitucionales. (Martínez Dalmau, 2016, pp. 143-147).

Precisamente por ello, en constituciones con las características del NCL, dada su estructura normativa compleja, en la que predominan principios y valores con amplios márgenes de abstracción, la pieza central para determinar si la decisión judicial es legítima o no se encuentra circunscrita a la motivación judicial (Storini, 2022, p. 793). No obstante, como acto previo a dicha motivación, deben tenerse en cuenta los métodos y reglas de interpretación adoptados por el juez constitucional. Por ello, la no delimitación de criterios limitativos de índole hermenéutica convierte la motivación en un mero acto de voluntad y subjetividad sin control alguno. En este sentido:

> (…) en principio, tendría que ser más fácil individualizar unas categorías conceptuales que ayuden a la delimitación competencial y a su configuración como ámbitos de contenido estables y previsibles a merced de la utilización de unas reglas interpretativas basadas sobre parámetros ciertos y aplicados con los procedimientos y las garantías del discurso racional ya que solamente sobre esta base

> podrá defenderse la legitimidad de aquel órgano que por lo menos en su origen se consideraba como «Defensor de la Constitución». (Storini, 2022, p. 801)

En todo caso, como bien indica Chávez (2021, p. 375), la tensión democrática existente entre democracia y constitucionalismo puede reducirse aún más según los límites que se establezcan a la interpretación realizada por los jueces constitucionales. Esto hace necesaria la implementación de mayores reglas en lugar de principios. Sin embargo, autores como Ferreres (2000, p. 33) sostienen que la naturaleza principialista de la norma constitucional, aunada a su carácter abstracto, permite mayores niveles de legitimidad de la Constitución con el paso del tiempo, impidiendo que las generaciones futuras se vean sometidas a sus antepasados.

Dicho razonamiento podría ser plausible en constituciones que no resultan eminentemente democráticas. No obstante, en aquellas fieles al constitucionalismo democrático no encuentra asidero, dado que el carácter rígido de la Constitución, como se ha señalado en varias oportunidades, resulta relativo. Desde una visión del pueblo como poder constituyente y soberano, la modificación del texto constitucional podrá darse por el pueblo cada vez que surja la necesidad de ello. Por eso, la masificación de reglas en los textos constitucionales no resulta contraria a la esencia del NCL, pues limita la capacidad interpretativa de los jueces y consolida la aplicación directa de la voluntad popular. Además, desde la ontología del poder constituyente, dichas reglas pueden ser modificadas a demanda del pueblo. Con todo, no solo se hace necesario el retorno del derecho por reglas en la Constitución, sino también un sistema de criterios interpretativos especialmente señalados por el poder constituyente.

En este sentido, la rigidez de la Constitución tiene incidencia directa en la ideología de la teoría de la interpretación que se adopte, asimilando la interpretación de la Constitución a la interpretación de la ley respecto de sus métodos y tipología. No será lo mismo la interpretación de una Constitución regulativa con mayor rigidez y dificultades de reforma popular, dado que esta refleja una suerte de consenso (Aguiló, 2012, p. 247), que necesita de actualización judicial para no constituirse en una Constitución de los muertos para los vivos. Este tipo de Constitución adquiere una naturaleza valorativa en la que su legitimidad no radica en un criterio de autoridad, sino en uno axiológico.

En cambio, las constituciones regulativas menos rígidas son textos conflictivistas que requieren una mayor estaticidad en las interpretaciones realizadas por los tribunales, y su legitimidad residirá en un criterio de autoridad del poder popular. En síntesis: «cuanto más rígida es una constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa deber ser su interpretación» (Aguiló, 2012, p. 258).

Las constituciones del NCL, al ser textos de transición, hacen que la ideología de su interpretación sea de naturaleza originalista, dado que su legitimidad radica en un criterio de autoridad: el poder constituyente como poder soberano, que legitima el accionar de la Constitución.

De esta manera, se presenta una relación directamente proporcional entre reforma constitucional, legitimidad de la Constitución e interpretación constitucional. En efecto, entre mayores sean las posibilidades de reformar la Constitución, más legítimas serán las normas constitucionales, ya que el pueblo podrá acudir a su modificación en caso de no estar de acuerdo con su permanencia en el ordenamiento jurídico. Esto se traducirá, a su vez, en una ideología de la interpretación más conservadora, que acuda al originalismo y al respeto de la voluntad popular.

Ya no solo podrá hablarse de la interpretación de la Constitución democrática, entendiendo la naturaleza especial del objeto que se interpreta, sino que, además, deberá dotarse de límites especiales a la función interpretativa de los jueces con el fin de controlar su poder. De allí su carácter eminentemente democrático.

La capacidad transformadora, emancipadora y compleja de las constituciones del NCL hace necesario tener en cuenta los principales conceptos políticos que aglutinan estos textos, incluso al punto de defender interpretaciones evolutivas que, muchas veces, no consultan la voluntad originaria, pero que deberán tener en cuenta los aportes del pueblo al momento de la decisión. Además, la interpretación de la Constitución como constructo complejo que refleja los consensos de una sociedad conlleva no solo el empleo de métodos tradicionales para la solución de conflictos jurídicos, sino también el análisis de otros saberes que permitan resolver las tensiones que pudieran presentarse dentro de los sistemas constitucionales. En este sentido, la interpretación opera como mecanismo de explicación de la realidad social y como medio de intervención en ella. (Navas, 2017; Navas, 2016).

En este punto debe recordarse que el neoconstitucionalismo centra su preocupación en la forma en que se interpreta la Constitución, mientras que al NCL le importa primordialmente encontrar las relaciones democráticas en que se fundó la Constitución, articulando mecanismos de participación ciudadana, así como las causas sociales y coyunturales que dieron origen a los procesos constituyentes (Belloso, 2015, p. 33). Por ello, el NCL debe apelar a criterios metajurídicos y políticos para interpretar la Constitución, con el fin de otorgar un sentido transformador, revolucionario y emancipador a las normas constitucionales como creación del poder soberano popular.

Así, se hace necesario que una interpretación ya no solo de la Constitución democrática, sino una interpretación democrática de la Constitución, articule una visión fuerte frente a los derechos constitucionales y, además, proteja y promueva judicialmente los mecanismos democráticos de participación ciudadana (Uprimny, 2011, p. 19), en correspondencia con una ontología propia del poder constituyente.

Con todo, la interpretación constitucional debe garantizar los escenarios democráticos para la toma de decisiones políticas. Por ello, los tribunales no solo deben ser guardianes de los derechos, sino también de los procedimientos democráticos como sustento mismo del NCL. Esto exige una dimensión negativa: no invadir los terrenos de lo político; y una dimensión positiva: ser una entidad abierta a la multiplicidad de interpretaciones enviadas por el pueblo. (Navas, 2013, pp. 190-191).

Al darse una aplicación en concordancia con el poder constituyente, los avances en materia de derechos dependerán de verdaderos ejercicios democráticos, negando valor a las mutaciones constitucionales como fenómeno que transforma la realidad. Ello es así porque los escenarios de transformación en el NCL pueden darse de dos maneras: (1) desde el carácter mismo de constitucionalismo de transición, que está en constante evolución por la incorporación de múltiples escenarios de participación; y (2) desde el componente transformador que trae consigo la aplicación de las normas constitucionales.

Una interpretación democrática de la Constitución implica, a su vez, la participación activa de la sociedad en la decisión sobre cómo debe ser entendido determinado postulado constitucional cuando se presente alguna duda sobre su significado. Esto otorga no solo una legitimidad democrática externa por la forma de designación de los integrantes del tribunal constitucional, sino también una legitimidad desde la argumentación interna, ampliando los espectros de participación y visibilidad de la sociedad en las disputas que puedan generarse en torno a la Constitución. (Navas, 2013, pp. 205-206).

Pese a la innovación de los constituyentes del NCL en la adopción de guías de interpretación dentro de sus textos constitucionales, orientadas a limitar los escenarios hermenéuticos de los jueces constitucionales, puede decirse que, frente a otros modelos, resultan avanzadas, aunque todavía limitadas para controlar el poder en cabeza de los jueces constitucionales y evitar el desbordamiento de sus competencias. Por ello, se hace necesario adoptar una teoría de la interpretación con vocación práctica que limite el ejercicio de los tribunales constitucionales, estableciendo reglas de primer y segundo orden junto con una visión reglamentaria de los derechos constitucionales. (Ferrajoli, 2011, pp. 35 y ss.).

El constante activismo de los jueces, debido a contextos normativos amplios, abiertos y con cierta dosis de ambigüedad, muchas veces se ha traducido en avances democráticos para la transformación de la sociedad desde el derecho. Sin embargo, también ha traído situaciones de inseguridad jurídica o la defensa de causas ajenas a los intereses populares fuera de la Constitución, haciendo peligrosa la interpretación y las cargas argumentativas de los jueces para una sociedad que requiere el cierre de brechas sociales, políticas y económicas (von Bogdandy, 2015, p. 24). Así, el carácter experimental del NCL ha hecho que exista una ausencia de teorías propias de la interpretación para estos escenarios y que, por el contrario, se hayan importado métodos que no corresponden a las finalidades políticas de estos textos.

Con todo, la asunción de una cultura jurídica propia del neoconstitucionalismo, que comparte elementos comunes con el NCL —como el sistema de principios y la amplitud considerable de los textos constitucionales—, ha posibilitado escenarios de creación constitucional, amplísima discrecionalidad judicial y fuerte activismo judicial (Ferrajoli, 2016, p. 67). Ello, a partir de criterios extrasistémicos, ha modificado la ideología de la interpretación propia del NCL.

De esta manera, los diferentes elementos comunes a las constituciones del NCL plantean la necesidad de desarrollar una teoría propia que afronte este fenómeno jurídico-político, a fin de amplificar y hacer efectivos los derechos contenidos en estos textos para el cumplimiento de las metas propuestas por los movimientos constituyentes, en atención a la vocación transformadora, rupturista, revolucionaria y emancipadora que persigue esta teoría (Sousa & Streck, 2014, p. 150).

De allí que sea necesario replantear una teoría propia de la interpretación constitucional en el NCL y abandonar las teorías neoconstitucionalistas que, pese a encontrar elementos comunes, en su ser resultan opuestas al sentimiento popular del NCL y a la visión material del poder constituyente. Por ello, la constitucionalización del derecho y la fuerza normativa de la Constitución no son suficientes para que el NCL continúe bajo los cánones interpretativos del neoconstitucionalismo y de teorías interpretativas formuladas desde un concepto formal de poder constituyente. Tales fines resultan mínimos frente a los cometidos políticos que defiende la idea de un poder popular soberano y la visión material de la Constitución.

A diferencia del constitucionalismo europeo de posguerra, en el que se desarrolla la teoría neoconstitucionalista y cuya principal preocupación es la defensa de los derechos fundamentales, el NCL tiene una especial dimensión social como medio para superar desigualdades y exclusiones de raíz colonial.

De antemano, se advierte que una teoría de la interpretación de la Constitución democrática puede tomar elementos de otras teorías jurídicas mayormente sistematizadas. Sin embargo, la adopción de elementos diferentes e incluso incompatibles con ellas hará de esta una teoría singular.

Por ello, se pretende superar los límites implícitos a la interpretación constitucional propuestos por teorías de la interpretación según la concepción de Estado constitucional que se formule, la tipología de normas adoptadas y su valor axiológico. En una teoría normativa débil (Ferrajoli, 2011), se hace necesario explicitar los controles a la interpretación de la Constitución desde la propia Constitución, estableciendo criterios interpretativos y controles intraorgánicos que restrinjan los cambios interpretativos ante el posible desbordamiento de sus límites.

Esto implica controles a la interpretación misma, controles frente a los cambios interpretativos y mecanismos para la concreción de normas ambiguas, poco claras y abstractas. En todo caso, debe decirse que una interpretación democrática de la Constitución requiere la remisión de las normas constitucionales al poder constituyente; la adopción de derechos constitucionales, ya sea por su declaratoria expresa o por el establecimiento de cláusulas de remisión; y la adopción de criterios metajurídicos consagrados en el texto constitucional. (Aguiló, 2012, p. 254).

2.- Interpretación constitucional y mutaciones constitucionales: ¿progresión o alteración de la voluntad popular?

La interpretación constitucional puede entenderse como el conjunto de criterios o puntos de vista metódicos que dan prevalencia a algún elemento del texto jurídico (Sánchez, 2017, p. 320). No obstante, se ha sostenido que la teoría general de la interpretación no ofrece respuestas correctas, sino simplemente decisiones admisibles, en tanto la misma estructura hermenéutica puede generar resultados diferentes y dejar en manos del intérprete la decisión final (Sánchez, 2017, p. 321). En todo caso, la teoría de la interpretación no puede ofrecer, en todos los casos, respuestas previsibles y adecuadas; sin embargo, sí puede lograr un mínimo de seguridad judicial a través de la hermenéutica.

Así las cosas, la interpretación no puede ser vista como un mero ejercicio lógico-deductivo, sino como un verdadero ejercicio hermenéutico dirigido a descifrar el sentido de las normas constitucionales (Sánchez, 2017, p. 334). Dicho ejercicio supone que el intérprete escoja o determine el sentido «válido» entre los múltiples sentidos admisibles por la norma (Sánchez, 2017, p. 335).

Bajo este prisma, los sentidos de las normas constitucionales dependerán, en gran medida, de los métodos o criterios de interpretación que utilice el intérprete. Por ello, deben establecerse límites interpretativos desde los propios métodos; esto es, que por expresa autoridad del poder constituyente se designen los criterios bajo los cuales deberá realizarse la labor interpretativa de los jueces constitucionales.

En la interpretación constitucional intervienen una actividad hermenéutica, una actividad jurídica y una actividad política. El pueblo entrega la facultad de interpretar la norma constitucional a determinada autoridad para que esta, investida de competencia, realice su aplicación, todo ello sustentado en la autoridad del poder soberano. Por ello, solo el poder soberano puede autorizar a los poderes constituidos a dar un sentido diferente al inicialmente previsto en las normas. La interpretación jurídica se trata, entonces, de una interpretación sujeta a las bases de la autoridad legítima. En consecuencia, cualquier ejercicio interpretativo realizado sin competencia conferida por el poder constituyente, o que desborde los sentidos previstos por este, constituye una causal de pérdida de legitimidad. (Sánchez, 2017, p. 328).

Así las cosas, las mutaciones constitucionales, como mecanismos de cambio constitucional, se han erigido en una constante dentro de los ejercicios interpretativos de los jueces. Algunas posiciones doctrinarias las consideran un valor del sistema jurídico, mientras que otras las asumen como un desvalor. En todo caso, en el presente capítulo se abordará la noción de mutación constitucional con el propósito de identificar sus principales características y su relación con el cambio constitucional. Posteriormente, se trasladará esta relación a la teoría de la Constitución del NCL, con el fin de definir si las mutaciones constituyen una institución valiosa para el sistema o, por el contrario, una patología propia de este.

De este modo, se presentará una caracterización no taxativa de las mutaciones constitucionales para comprender sus principales fundamentos y presupuestos. En segundo lugar, se relacionará la institución de la mutación con el cambio constitucional, tomando como referente las ideas básicas del NCL. Finalmente, se abordará un caso común a las constituciones del NCL: la reelección presidencial.

2.1.- La primigenia teoría de las mutaciones constitucionales de Jellinek

Jellinek (1991) presenta una visión orgánica de las mutaciones constitucionales, desarrollando su teoría desde el órgano de poder donde surge la mutación constitucional. Así, identifica como tipos de mutaciones constitucionales: (1) las mutaciones por vía parlamentaria, cuando se desarrollan facultades o disposiciones normativas previstas en el texto constitucional; (2) las mutaciones administrativas o gubernamentales, debido a la facultad reglamentaria en cabeza del poder ejecutivo, que impide que los demás poderes realicen un control exhaustivo de sus actos normativos; y (3) las mutaciones producidas por los tribunales constitucionales en sus ejercicios de interpretación de los preceptos contenidos en la Constitución.

Como puede observarse, se plantea una conceptualización de las mutaciones constitucionales a partir de su diferenciación con la reforma constitucional, aduciendo que las primeras no tienen la intencionalidad de cambio que sí caracteriza a la reforma constitucional.

En este sentido, las mutaciones constitucionales se producen por el desbordamiento de las facultades legislativas, la jurisprudencia o los demás actos normativos en cabeza de los poderes constituidos. De esta forma, a pesar de que dichas normas tengan una jerarquía infraconstitucional, su contenido modifica lo señalado por el poder constituyente. En estos casos, la norma infraconstitucional puede tener como efectos la creación de instituciones no previstas por el constituyente, así como la modificación o alteración de elementos del Estado (Uribe & Correa, 2012, p. 209). En todo caso, desde un punto de vista prácti-

co, las mutaciones constitucionales se producen a través de la significación del enunciado normativo o de la interpretación de una norma secundaria, introduciendo un nuevo significado al enunciado objeto del ejercicio hermenéutico. (Carpizo, 2011, p. 548).

Asimismo, Jellinek (1991, p. 7) establece una conceptualización de la mutación constitucional dirigida a contrastar estas alteraciones y modificaciones con la reforma constitucional. De esta manera, el autor alemán entiende que las mutaciones constitucionales son modificaciones informales del sentido del texto, diferenciándose de las reformas en tanto estas se realizan de manera voluntaria y consciente. Las mutaciones, en cambio, pueden ser conscientes o inconscientes.

2.2.- Las mutaciones como elementos propios de la Constitución y de su carácter abierto: Smend y Hsü Dau-Lin

Smend (1985, pp. 131-135), como autor que desarrollaría inicialmente el concepto de mutación constitucional en Alemania, entiende la Constitución desde dos sentidos que permitirían elaborar una doctrina de las mutaciones constitucionales como productos propios de la realidad social y del carácter abierto de la Constitución. Una primera visión del derecho será estática, como medio de regulación de las instituciones del Estado y de los derechos de los ciudadanos. Una segunda visión será dinámica, como producto de las leyes físicas que acumulan las fuerzas reales de poder.

La Constitución será, entonces, una unidad entre el factor estático y el factor dinámico, dado que no contiene todas las respuestas a las situaciones sociales que van surgiendo en las sociedades. Así las cosas, la Constitución no busca abarcar supuestos fácticos concretos, sino la totalidad de las relaciones sociales de manera global, permitiendo interpretaciones extensivas o flexibles de los contenidos constitucionales que contrarían las formas clásicas de interpretación. Para Smend (1985), las mutaciones constitucionales son una consecuencia misma de la Constitución y de su naturaleza abierta.

Del mismo modo, Smend (1985) percibe la Constitución como una norma en constante mutación, debido al dinamismo y renovación de las prácticas sociales, así como a la capacidad de regulación de la carta política para determinar las conductas sociales dentro del Estado. Ello hace necesario que el intérprete adopte interpretaciones amplias y extensivas que articulen «el contexto normativo y social» (Vidal, 2021, p. 163). El autor alemán, reconocido exponente del método sociológico, entiende la Constitución como un proceso de integración. En consecuencia, la Constitución debe partir de una interpretación flexible que permita la adaptación de las normas constitucionales a la realidad social.

Esta postura termina diluyendo el carácter normativo de la Constitución, ya que cualquier conflicto serio sería resuelto conforme a la realidad vigente, eliminando todo límite interpretativo para el juez:

> Como consecuencia, desaparece la previsibilidad y con ella, la seguridad jurídica, poque es imposible prever lo que en cada caso vaya a decidir el órgano jurisdiccional. Además, si la interpretación de la constitución se hiciera desde la realidad social, los órganos que la aplican serían más políticos que jurídicos. (Vila, 2021, p. 305)

En todo caso, para este autor la realidad determina el sentido del enunciado normativo. Así, la interpretación del enunciado normativo uno (E1) bajo la realidad uno (R1) significaría la norma uno (N1):

E1 (R1) = N1

Mientras que la interpretación del enunciado normativo uno (E1) bajo la realidad dos (R2) significaría la norma dos (N2):

E1 (R2) = N2

El anterior silogismo implica que la norma siga siempre la suerte de los factores externos al enunciado normativo y que sea la realidad quien defina su sentido. Lo anterior supone una suerte de maleabilidad que impide la certeza del significado del enunciado normativo.

Así las cosas, ante la incapacidad de la Constitución para regular todas las relaciones sociales posteriores a la creación constituyente y ante el surgimiento de lagunas jurídicas, se hace imperioso que el texto constitucional tenga una condición de maleabilidad que permita su adaptación a nuevas dinámicas. Como corolario, el autor alemán sustenta una teoría constitucional que busca integrar la Constitución a las realidades sociales, generando una diferenciación entre la interpretación ordinaria y aquella de naturaleza flexible, expansiva y elástica. De esta forma, la propia Constitución contiene elementos que permiten su transformación, a manera de cláusulas adaptativas de la realidad social (Sánchez, 2000, p. 123). Para el autor, el derecho constitucional debe comprender e interpretar la Constitución desde un punto de vista global para delimitar su contenido real, apelando a los conceptos de movimiento y globalidad:

> (…) se debe tener conciencia permanente de que cada elemento pertenece a un todo y de que solo puede entenderse completamente por referencia a esa globalidad a la que pertenece. Es decir, los detalles solo pueden ser entendidos a partir de la visión de conjunto. (Sánchez, 2000, p. 125)

Posteriormente, Hsü Dau-Lin (1998, p. 163), discípulo de Smend, desarrollaría con mayor amplitud la teoría de las mutaciones constitucionales, incorporando el elemento de legitimidad a este tipo de fenómenos jurídicos. Así, hablaría de la legitimidad de las mutaciones constitucionales que sobrepasan el sentido inicialmente dado a las instituciones jurídicas, en tanto lo cambiante de la sociedad exige que las normas no sean estáticas, sino que estén en constante evolución.

También se hablará de mutaciones ilegítimas cuando se desconoce la literalidad del texto o enunciado normativo para alterar el sistema constitucional. Lo anterior puede ejemplificarse en el siguiente silogismo:

La interpretación del enunciado normativo uno (E1) bajo la realidad uno (R1) significaría la norma uno (N1), siempre que no contradiga la literalidad del enunciado normativo uno (⇨LitE1):

E1 (R1) = N1 ⇨LitE1

Esto conlleva que el ejercicio interpretativo pueda tener variedad de opciones para el intérprete, limitando su ejercicio hermenéutico a la literalidad del texto. Por ello, el juez constitucional podría adaptar la norma a la realidad social de una época, siempre que ese sentido del enunciado normativo no contradiga su tenor literal. Así, el juez deberá escoger, entre los múltiples significados que tendría la norma, aquel que se ajuste en mayor medida a la realidad, pero también aquel que respete el componente gramatical del enunciado (Hsü Dau-Lin, 1998, pp. 169-174).

Esta visión, a diferencia de la sostenida por Smend (1985), fija como límite al intérprete el propio tenor literal de la norma, subordinando al intérprete al contenido gramatical del enunciado normativo y convirtiendo la realidad en un medio de interpretación accidental, subordinado al primero. De cualquier modo, Dau-Lin (1998) acogería una teoría de la interpretación de naturaleza objetiva, concentrada en el carácter semántico del enunciado normativo, además de una visión cognitivista débil, dado que el intérprete podrá acoger cualquier significado del enunciado normativo siempre que no contravenga su tenor literal.

Ahora bien, Dau-Lin (1998) se aparta parcialmente de las anteriores definiciones propuestas sobre el carácter formal de los cambios constitucionales y señala que, independientemente de la forma en que se produzca la modificación constitucional, la mutación se da cuando, manteniéndose el mismo texto, este recibe una significación diferente. La anterior definición presenta una contradicción, pues contrapone la normatividad en cuestión y la realidad constitucional (Hsü Dau-Lin, 1998, p. 163). El autor chino considera que existen mutaciones que no resultan constitucionales cuando contradicen el sentido común de la

norma o su sentido ideológico, sobrepasando el sentido constitucional de las instituciones jurídicas.

En todo caso, la Constitución y su estructura normativa podrían permitir la flexibilidad del significado de las normas, posibilitando que el texto tenga vigencia en el tiempo y se asegure su efectividad (Rollnert, 2014, pp. 129-130). Esto lleva a considerar que, para Dau-Lin (1998), algunas mutaciones son loables en el sistema jurídico, residiendo su carácter legítimo en la finalidad de conservar la perdurabilidad del texto constitucional y en la no contradicción con la semántica propia de la norma.

Del mismo modo, Dau-Lin (1998, p. 19) presenta una clasificación de las mutaciones constitucionales: (1) las mutaciones que no vulneran ninguna norma constitucional, pero surgen ante la ausencia de regulación constitucional; (2) las mutaciones derivadas de la imposibilidad de ejercer una competencia, con la consecuente pérdida de vigencia de determinadas normas constitucionales; (3) las mutaciones como prácticas contrarias al texto constitucional, que vulneran de forma directa la Constitución; y (4) las mutaciones generadas por la interpretación constitucional, cuando se da un alcance o significado diferente a las normas constitucionales. A continuación, se explicará brevemente cada uno de estos tipos de mutaciones.

En el primer caso, se trata de supuestos en los que no existe una norma constitucional que regule el evento particular. En todo caso, para el autor chino este tipo de mutaciones no se produce por lagunas jurídicas, sino por la aparición de nuevas realidades jurídicas que no cuentan con sustento constitucional. Así, «no se modifica un determinado artículo de la Constitución, sino un principio de la Constitución resultante del sistema general de normas constitucionales». (Sánchez, 2000, p. 127).

En segundo lugar, se encuentran las mutaciones constitucionales por imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones previstas constitucionalmente. En estos eventos se hace imposible ejercer ciertas facultades constitucionales, ya que estas desconocen la realidad social y jurídica (Sánchez, 2000, pp. 127-128).

En tercer lugar, aparecen las mutaciones constitucionales producidas por una práctica contraria a la Constitución, es decir, cuando la práctica social desconoce el tenor literal de la norma constitucional. Esto ha sido denominado revisión material de la Constitución. En este punto, para el autor chino existen tres tipos de cambios materiales de la Constitución. El primero se presenta cuando la ley modifica de forma directa un contenido constitucional y lo hace expreso en su contenido. El segundo ocurre cuando se dan cambios materiales tácitos, esto es, cuando se pretende modificar el contenido de una norma constitucional, pero no se señala expresamente su modificación. Finalmente, el tercero se pre-

senta cuando se dan reformas materiales en clara contradicción con la norma constitucional, sin que dicha contradicción sea verificada al momento de su aprobación. (Sánchez, 2000, p. 128).

En cuarto lugar, la mutación constitucional por interpretación se produce cuando el operador jurídico realiza un ejercicio hermenéutico que atiende a las circunstancias sociales del momento en que se lleva a cabo la interpretación, pero no consulta el tenor literal de la norma ni el sentido que inicialmente le dio el constituyente. (Sánchez, 2000, pp. 129-130).

Palomino (2018, pp. 31 y ss.), a partir de lo dicho por Hsü Dau-Lin, presenta la siguiente clasificación según la causa de surgimiento de las mutaciones: (a) las mutaciones que surgen de la práctica estatal y que no violan directamente la Constitución al omitir la aplicación de una norma; (b) las mutaciones que acontecen por la imposibilidad de ejercer ciertos derechos; (c) las mutaciones que surgen a partir de una práctica contradictoria de la Constitución, sea mediante una reforma formal, una norma infraconstitucional o una práctica jurídica; y (d) las mutaciones que nacen mediante la interpretación, entendiendo que los preceptos constitucionales deben ser modificados a medida que las realidades sociales también cambian, negando el carácter estático de la Constitución.

Dau-Lin (1998) realiza el estudio de las mutaciones constitucionales desde la realidad social y su correspondencia con los contenidos constitucionales. Por ello, las mutaciones constitucionales se caracterizan por ser incongruencias entre la realidad social y la Constitución. Lo anterior evidencia que, nuevamente, el argumento de actualización de las normas a la realidad social es el eje de las mutaciones de la Constitución. Esto conlleva que se contemplen las constituciones como normas con vocación de perpetuidad, no susceptibles de cambio por vías democráticas.

Dau-Lin (1998) realiza un análisis de las normas constitucionales y de la realidad social a partir de dos postulados:

1. En primer término, si la Constitución y la realidad social son similares, el texto constitucional será congruente, adecuándose los contenidos normativos a la realidad.
2. En segundo término, si la Constitución y la realidad práctica divergen, se producirán las llamadas mutaciones constitucionales. Al respecto, la interpretación constitucional será una de las formas a través de las cuales se dan las mutaciones constitucionales, al igual que la práctica estatal que no vulnera la Constitución, la imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones del texto y una práctica constitucional que desconoce la Constitución. (Vidal, 2021, pp. 164-166).

Las mutaciones constitucionales superan los procedimientos formales de reforma constitucional. No obstante, se trata de un proceso que no tiene límites, controles ni dirección alguna, por ser un concepto informal de reforma de la Constitución a través de los principios constitucionales. Por ello, se preceptúa el carácter mutable de los textos constitucionales, dado que el cambio en las condiciones sociales y fácticas permite, a su vez, el cambio constitucional, reiterando la capacidad de permanencia del texto normativo y su vigencia para la aplicación (Uribe & Correa, 2012, p. 22).

En todo caso, el autor chino diferencia entre mutaciones constitucionales desde el punto de vista formal y mutaciones revisadas desde el punto de vista material. El primer tipo de mutación se refiere a aquella en la cual la norma positiva no está acorde con la realidad constitucional, es decir, se diferencia el texto escrito de aquel que resulta válido. Por otra parte, se hablará de mutaciones materiales cuando la realidad estatal sea diferente de las normas incorporadas en la Constitución.

Por ello, la mutación constitucional se presenta como un cambio informal de la Constitución que se contrapone a la reforma constitucional como mecanismo de defensa de la propia Constitución. Así, la reforma se concibe como un procedimiento establecido por el constituyente en cuanto poder soberano, para que los cambios constitucionales se realicen por las vías democráticas. En esa medida, la reforma constitucional se constituye en un elemento central en las constituciones de origen democrático.

2.3.- La mutación a través del desuso de las normas constitucionales: la visión de Heller

Heller (1971, p. 277) considera que las mutaciones constitucionales están implícitas en los contenidos normativos constitucionales, dada su estructura de principios y su capacidad para regular situaciones futuras. Por ello, las normas constitucionales no tienen vocación de precisión; por el contrario, buscan adecuarse a la realidad fáctica. Para el autor alemán, las mutaciones tienen una connotación positiva, por cuanto impiden el desuso de las normas constitucionales, lo que conlleva adoptar una conceptualización de las mutaciones constitucionales según el modelo normativo principialista:

> El que la permanencia de la norma pueda ser armonizada con el cambio interrumpido de la realidad social, se debe, en gran parte, a que la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la corriente imperceptible de la vida diaria. Mediante la evolución gradual de los principios jurídicos puede suceder que, no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su sentido experimente una completa revolución, aunque quede salvaguardada la continuidad del derecho ante los miembros de la comunidad jurídica. Tal cambio de significación del precepto jurídico se realiza gracias a los principios jurídicos

> cambiantes, que viene a ser la puerta por donde la realidad social valorada positivamente a diario en la normatividad estatal. Dado que tradición y revolución suponen solo oposiciones relativas, se hace posible la permanencia y capacidad de acomodación de la normatividad respecto a la normalidad y puede así concebirse a la constitución total del Estado como «forma acuñada que viviendo se desarrolla». (Heller, 1971, p. 277)

Esta idea encuentra que las constituciones de contenido principial buscan que la actualización del texto constitucional se produzca por cauces diferentes a los democráticos y que, por el contrario, sean los poderes constituidos los encargados de realizar modificaciones de manera informal. No obstante, en constituciones democráticas con modelos débiles de reforma constitucional, cuando el cambio proviene del poder constituyente, deberá adoptarse un modelo normativo de reglas que impida los cambios por vías informales ante el carácter vago, amplio e incluso ambiguo de los principios jurídicos contenidos en la Constitución.

Como bien indica Heller (1971, p. 278), los cambios constitucionales evocan relaciones de poder y, en este caso, del poder soberano que crea y modifica la Constitución. Se preceptuará, entonces, que las mutaciones constitucionales constituyen un cambio del sentido o significado atribuido a la norma por parte del constituyente originario al momento de la creación constitucional (Masapanta, 2020, p. 38).

Nuevamente se acude al argumento de la actualización de la norma a la realidad social. Sin embargo, el autor presenta una visión descriptiva de la tipología normativa predominante en las constituciones, lo cual implica que dichas cláusulas, ante su vaguedad, habrían sido establecidas intencionalmente para que las actualizaciones fueran realizadas por los poderes constituidos. En todo caso, en un sistema de reglas, la teoría de Heller (1971) perdería fundamento, dado que el propio constituyente, a través del establecimiento de determinadas tipologías normativas, impediría la actualización informal de la Constitución.

En suma, el autor alemán intenta explicar las mutaciones constitucionales desde un factor externo, como el cambio de la realidad social, y desde un factor interno, a partir de la tipología de normas contenidas en la Constitución.

A diferencia de lo planteado por otros autores, Heller (1971) hace especial énfasis en los principios como normas que permiten la adaptación del sistema jurídico a las realidades sociales. Por ello, las mutaciones devienen de la interpretación del principio jurídico en un caso específico, lo que haría mutar las demás normas constitucionales o infraconstitucionales.

En todo caso, el principio jurídico uno (P1) puede ser interpretado conforme a la realidad uno (R1), dos (R2) o tres (R3), arrojando respectivamente la norma uno (N1), dos (N2) o tres (N3):

$$P1 + R1 = N1$$
$$P1 + R2 = N2$$
$$P1 + R3 = N3$$

De este modo, deberá existir una complementariedad entre la modificación de la realidad social y los contenidos constitucionales de carácter abierto que puedan posibilitar el cambio. Se trata, por tanto, de una tesis ecléctica respecto de los límites a la interpretación de la Constitución, en cuanto tiene en cuenta tanto factores internos como externos del cambio constitucional. Sin embargo, el intérprete siempre se encontrará limitado por la tipología normativa propuesta por el constituyente.

A partir de esta visión, las mutaciones constitucionales son recurrentes en los ejercicios interpretativos, dada la maleabilidad del significado de la norma con el pretexto de su actualización mediante principios jurídicos. De allí que los mecanismos de reforma no sean necesarios para actualizar el texto a las nuevas realidades, pues los principios jurídicos operan como medio normativo para su adaptación. En todo caso, las mutaciones constitucionales se anclan en la tipología normativa de los principios jurídicos, tratando de legitimar los cambios ante la aparente decisión del constituyente de prever este tipo de normas para su adaptación jurídica. Así, podría entenderse como límite la expresa voluntad del constituyente de establecer normas tipo regla que, por su carácter concreto y definido, impidan cualquier mutación constitucional.

2.4.- Las mutaciones constitucionales como modificaciones internas de las disposiciones jurídicas: la visión de Hesse

Hesse (1992, pp. 40-41) señala que al texto constitucional deberá integrarse la realidad mediante la interpretación judicial, constituyendo el ejercicio hermenéutico en un acto creativo vinculado a la norma o a una norma subyacente a la norma principal. En todo caso, el intérprete se encuentra limitado por el propio texto constitucional mediante la aplicación de los principios de concordancia práctica, corrección funcional, efecto integrador y fuerza normativa de la Constitución. No obstante, el texto será siempre un límite para aquel.

Por ello, la interpretación constitucional no puede desconocer la literalidad del texto, so pena de contrariar la Constitución misma, haciendo nugatoria cualquier clase de interpretación *contra constitutionem* y activando el poder de reforma para actualizar los contenidos constitucionales. De esta manera, la

interpretación nunca podrá vulnerar el propio texto constitucional (Vidal, 2021, p. 168). La visión planteada refleja una teoría de la interpretación de naturaleza objetiva, que tiene como límite el sentido mismo de la norma, mas no la voluntad de la autoridad creadora del texto (Vila, 2021, p. 295). Sin embargo, Vila (2021) explica lo siguiente sobre las posibilidades de cambio sustancial:

> La fortaleza de las teorías objetivas estriba en la posibilidad de integrar las normas en el ordenamiento vigente. Bien puede ser que la norma haya tenido un significado determinado en el momento en el que se la creó, pero como lo más probable es que al cabo de muchos años el ordenamiento jurídico presente cambios sustanciales, es necesario interpretar la norma dentro del nuevo contexto. (p. 296)

Hesse (1992, pp. 18-19) indica que las mutaciones constitucionales obedecen a un dinamismo constitucional que debe buscar la conexión entre la realidad y la norma suprema, dado que ambas conforman una sola unidad. Con ello evade las tesis que propugnan por entender que los cambios de la norma provienen de factores externos a ella. Esta teoría entiende que la Constitución es un texto abierto a los múltiples cambios de la sociedad, razón por la cual incorpora un amplio catálogo de cláusulas indeterminadas que permiten conciliar norma y realidad en una misma esfera, cumpliendo una función estabilizadora del orden social.

Ahora bien, la realidad social es integrada a la norma mediante la concretización del precepto en un caso particular, siendo la interpretación de la Constitución el medio para ello. Por eso, toda mutación constitucional nace desde la misma norma constitucional y, por el contrario, no puede provenir de una norma extrasistémica. La concretización de la norma en un momento histórico particular es aquello que posibilita el cambio de su contenido o significado, advirtiendo que la modificación se da siempre desde el ámbito normativo o interno del precepto. (Hesse, 1992, pp. 106-119).

Conforme a esta teoría, el límite a las mutaciones constitucionales es el propio texto normativo, fijándose un límite interpretativo para el operador jurídico, quien no podrá desbordar los cánones propios de la interpretación ni generar contradicción entre la mutación y el tenor literal del texto (Hesse, 1992, p. 109).

Las mutaciones constitucionales, a través de la teoría de la concretización de la norma, suponen que el operador jurídico debe otorgar un significado al enunciado normativo conforme a la realidad social y fáctica del momento en que se interpreta. Así, se explica que la Constitución tiene un carácter vivo y dinámico, que evoluciona conforme a las dinámicas de la sociedad. Hesse (1992) señala sobre el proceso de concretización:

> La concretización del contenido de una norma constitucional, así como su realización, solo resultan posibles incorporando las circunstancias de la «realidad» que esa norma esta llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias —con frecuencia conformadas ya jurídicamente— integran el «ámbito normativo», el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el «programa normativo» es elevado a parte integrante del contenido normativo. (p. 28)

De la misma manera, Hesse (1992) considera que la interpretación de la Constitución tiene un carácter creativo, refiriéndose a la concretización como comprensión del contenido normativo, donde la interpretación tiene una connotación valorativa y volitiva que evoca las teorías escépticas de la interpretación:

> Si la Constitución, como se ha podido ver, no contiene un sistema cerrado y unitario (ya sea este lógico-axiomático o de jerarquía de valores) y si la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, la misma hará necesario un procedimiento de concretización que responsa a esta situación: a través de una actuación «tópica» orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*). (p. 65)

Lo señalado por Hesse (1992) implica dos elementos centrales: primero, la modificación del significado de la norma sin modificar su texto literal; y, segundo, la presencia de elementos externos al texto constitucional que permiten avalar la modificación del significado atribuido por el constituyente.

En todo caso, es importante indicar que no toda interpretación conlleva una mutación constitucional, aunque toda mutación sí lleva consigo una ideología propia de la interpretación. Por ello, se busca una interpretación limitada del texto constitucional que impida su modificación o ruptura. (Rollnert, 2014, p. 133).

2.5.- Las mutaciones constitucionales como vicios de la interpretación: Häberle, Liern, Böckenförde y Da Silva

Häberle (2003, p. 62) señala que las mutaciones constitucionales se producen a través de la interpretación de la Constitución, modificando el sentido de la norma sin alterar de forma expresa el texto normativo. Es claro para el autor que las mutaciones constitucionales tienen una estrecha relación con el método de interpretación utilizado al momento de descifrar el sentido de una norma constitucional. Los métodos de interpretación producirán una regla de preferencia sobre un momento histórico particular. Así, si se emplea la interpreta-

ción histórica, se estará remontando a los orígenes o momentos de creación constitucional; mientras que, si se adopta una interpretación objetiva, se llevará la norma al momento histórico en que se realiza su ejercicio hermenéutico. (Häberle, 2003, p. 62).

Esta doctrina entiende las mutaciones como un problema de interpretación y se separa de las tesis formalistas que buscan diferenciar el derecho de la realidad. A su vez, se aparta de las teorías dinámicas fundamentadas en la conexión entre el derecho y la realidad. Para la tesis interpretativa de las mutaciones constitucionales, la realidad social pasa a un segundo plano, siendo el factor hermenéutico la pieza central de las mutaciones. (López, 2007, p. 109).

Häberle (2003) preceptúa que la cuestión relativa a las mutaciones constitucionales obedece a la libertad de interpretación de los textos constitucionales, superando las tesis clásicas que buscan adaptar el derecho a las realidades sociales. De esta forma, las mutaciones constitucionales no pueden ser entendidas como una normalidad dentro del sistema constitucional, ya que ello rompería con el principio de fuerza normativa de la Constitución e incurriría en criterios hermenéuticos contrarios a la Constitución misma. En este punto, solo resultan aceptables y legítimas aquellas interpretaciones acordes con el componente semántico de la norma y con su sentido teleológico.

En todo caso, las mutaciones legítimas resultan poco usuales debido a la evasión del componente democrático que encierra el concepto de reforma o cambio constitucional. Lo anterior preceptúa que las mutaciones sean, *prima facie*, inadmisibles. Sin embargo, si responden a la semántica y finalidad de la norma, la mutación sería admisible (Stern, 1987, p. 338). Esto implica que solo sean legítimas aquellas interpretaciones que consultan el texto normativo, el sentido de la norma y la voluntad creadora originaria. Esta teoría conlleva la existencia de límites a la interpretación constitucional y, en consecuencia, a las mutaciones constitucionales. Serán quebrantamientos y rupturas constitucionales aquellas modificaciones informales de la Constitución que generen una ruptura de la semántica propia de la norma y de su finalidad. (Stern, 1987, pp. 303-304).

Esta doctrina contempla una visión plural y abierta de los intérpretes de la Constitución, que democratiza y radicaliza su método hermenéutico. De allí que la Constitución se encuentre en constante creación normativa, lo que conlleva inexorablemente que los contenidos constitucionales muten mediante ejercicios interpretativos. Al respecto, Böckenförde (2000, p. 193) critica lo sostenido por Häberle, dado que la interpretación del texto constitucional siempre se encuentra sometida a una élite de jueces bajo argumentos políticos, siendo los tribunales constitucionales órganos legitimadores del cambio constitucional

por vías no democráticas. En todo caso, para Häberle (2003), la interpretación de la Constitución es una interpretación sociológica que consulta las realidades sociales y entrega facultades creativas a los jueces constitucionales.

En una segunda línea doctrinal, Liern (2014) señala que la mutación constitucional es un acto transformador de naturaleza revolucionaria que pone en entredicho el tenor literal de la norma. Así las cosas, todas las mutaciones constitucionales son ilegítimas debido a que contradicen la noción propia del poder constituyente:

> Sin embargo, esta visión de la problemática de la mutación constitucional responde a un intento de cohonestar en el seno de una misma Teoría de la Constitución de principios como la supremacía normativa de la Constitución, su rigidez y la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos con un fenómeno antitético como es el reconocimiento de la realidad de los cambios constitucionales operados al margen del procedimiento formal de revisión constitucional. Y esta pretendida compatibilidad se instrumenta a través de la distinción entre mutaciones constitucionales lícitas y admisibles (las que no se contraponen al texto escrito de la Constitución) y las que, por no tener cabida en la letra de la norma, son equiparadas a la pura y simple inconstitucionalidad. Lo que ello implica es que esta admisión de ciertas mutaciones constitucionales se produce al precio de privarlas de su rasgo definitorio —su virtualidad transformadora de la Constitución— y ello por cuanto si una mutación tiene encaje dentro de la literalidad de la norma constitucional no es en realidad tal mutación. (p. 149)

La interpretación constitucional, por tanto, debe desarrollarse bajo un criterio de autoridad que respete la voluntad del poder soberano plasmada en el texto constitucional. En consecuencia, resultan inadmisibles aquellos sentidos otorgados por los poderes constituidos que sobrepasen los límites semánticos propios del texto normativo.

Las mutaciones constitucionales serían entonces verdaderos actos revolucionarios de los poderes constituidos frente al poder constituyente, en tanto desconocen su voluntad soberana y creadora del ordenamiento jurídico. Ello implicaría, sin duda, que el poder constituido asuma funciones de poder constituyente de forma ilegítima. De esta manera, las facultades creadoras que pudieran tener los tribunales constitucionales se contraponen a la facultad creativa del poder constituyente. De allí que la creación de derecho por parte del juez ocurra a través de una interpretación arbitraria y contraria al ordenamiento jurídico preexistente. Esto conlleva que la creación normativa por parte de los tribunales constitucionales sea producto de una interpretación que determina un significado no implícito en el enunciado normativo (Storini, 2008, p. 38).

Bajo este razonamiento, la realidad social como elemento de la interpretación constitucional que permite las mutaciones constitucionales se contrapone al sistema democrático, dado que legitima un accionar contrario a la propia Constitución y burla los procedimientos democráticos para el cambio constitucional. (Storini, 2008, p. 52).

Sin embargo, Liern (2014, p. 150) trata de flexibilizar el concepto de mutación constitucional, reservándolo para aquellas interpretaciones incompatibles con la literalidad del texto constitucional, mientras defiende la validez de aquellas interpretaciones que, por su propia naturaleza, son transformadoras, adaptativas o evolutivas de las normas constitucionales, entendidas como resultados propios del proceso hermenéutico. Así las cosas, la interpretación constitucional tiene límites claros que evocan la defensa de la voluntad popular y que, en caso de ser desbordados, terminarán desembocando en una mutación constitucional ilegítima.

En este sentido, las mutaciones constitucionales se anclan en la teoría de la Constitución viva como dialéctica entre permanencia y cambio, dado que la Constitución permanece porque cambia y, a su vez, cambia para continuar vigente. Por ello, bajo las teorías constitucionalistas clásicas, la Constitución tiene una vocación de permanencia que hace necesaria su adaptación a nuevas realidades históricas. (Fernández, 2013, p. 22).

Por otra parte, la mutación ocurre cuando el texto constitucional, a pesar de permanecer invariable, sufre una modificación en su contenido. Este tipo de cambios obedece a circunstancias históricas determinadas que hacen necesario que la Constitución se adapte a nuevas realidades sociales y políticas. En consecuencia, lejos de desconocer la voluntad soberana plasmada en el texto constitucional, lo que buscan las mutaciones es dar continuidad a la vigencia de la Constitución, garantizando la estabilidad jurídica del ordenamiento jurídico (Trajtman, 2007, p. 116). En todo caso, las mutaciones de la Constitución también se sustentan en la teoría del árbol vivo, lo que conlleva que las normas constitucionales sean elásticas y se adapten siempre a las realidades que se presentan en el momento de la interpretación. (Trajtman, 2007, p. 116).

De esta forma, se propone que la propia Constitución constituya límites al ejercicio interpretativo de los jueces constitucionales, partiendo del establecimiento de disposiciones normativas tipo regla y de métodos interpretativos que guíen de forma restringida la labor del intérprete. En síntesis, los autores señalados destacan que las mutaciones constitucionales a partir de la interpretación tienen como causa el cambio de la realidad social, las prácticas de los operadores judiciales y la interpretación de la norma constitucional (González, 2002, p. 78). No obstante, los tres eventos señalados pueden subsumirse en la

interpretación judicial, dado que, a través de ella, las normas se adaptan a las realidades sociales y la práctica judicial se ejerce desde la hermenéutica jurídica.

Por otra parte, las mutaciones constitucionales de ninguna manera podrán asimilarse a un acto de reforma, ya que se trata de una patología que reformula los significados propios de las normas constitucionales a raíz de ejercicios hermenéuticos ilimitados que no consultan los criterios y métodos de interpretación constitucional. En todo caso, los amplios márgenes interpretativos posibilitan que las mutaciones constitucionales sean convalidadas por los tribunales constitucionales y que estos terminen convirtiéndose en poderes constituyentes *de facto* (Rollnert, 2014, p. 152). Existe una conexión correlacional entre interpretación y mutación, por cuanto la interpretación constituye la forma de limitar las mutaciones constitucionales, haciendo necesario que, a su vez, se establezcan límites a la función interpretativa.

En la misma línea de pensamiento, Da Silva (1999) entiende que, pese al carácter dinámico de la sociedad, los operadores jurídicos se encuentran limitados por el principio de vinculación constitucional, lo que impide que una práctica jurídica que no coincida con la Constitución pueda ser catalogada como una mutación. Ahora bien, el autor brasileño presenta una conceptualización de las mutaciones constitucionales ligada al poder constituyente, que implica que el poder originario pueda delegar la función constituyente a órganos o poderes constituidos, tratándose de una Constitución rígida, pero también móvil, debido a la posibilidad de que los poderes constituidos puedan modificar la Constitución por vías democráticas.

Ahora bien, la relación entre mutaciones constitucionales e interpretación constitucional se dirige a una realidad epistémica que buscaría entender y conocer una realidad social ya creada. Por ello, la interpretación constitucional no puede producir mutaciones, en cuanto lo que se busca es conocer un objeto epistémico creado por el constituyente. Explica el autor brasileño:

> Esto quiere decir que la interpretación busca conocer el objeto de conocimiento, tal como se presenta, o sea, sin modificarlo. Vale decir, la interpretación (salvo la interpretación constructiva de que hablaremos enseguida), por sí no puede producir mutación constitucional. Lo que puede es mostrar que el objeto por conocer se transformó, bien porque la realidad a la que se refiere evolucionó y requiere que el objeto normativo se acomode a ella, si tiene elasticidad suficiente para ello, o porque palabras o expresiones normativas sufrieron cambios semánticos que exigen que su nuevo sentido sea explicitado por la interpretación. Es especialmente en esta hipótesis que se dice que el significado de la Constitución de los Estados Unidos de América es hoy mucho muy diferente de la original. De ahí que la interpretación, especialmente la judicial, ejerza un papel fundamental de adaptación de las

> normas constitucionales a las exigencias de nuevos conceptos de la realidad por ellas pensadas. (Da Silva, 1999)

De la misma manera, se habla de una interpretación extensiva cuando la norma no modifica su sentido, pero sí su alcance. Por otra parte, desde una visión cognitivista de la interpretación, también existirán interpretaciones incorrectas que resultan inconstitucionales al modificar el texto constitucional, tratándose de un resultado contrario al esperado por el constituyente.

Da Silva (1999) señalará que los límites a las interpretaciones constitucionales serán desbordados cuando se desconozca el principio de supremacía constitucional, lo que conlleva que la Constitución Política sea desconocida por circunstancias fácticas o de hecho de la sociedad. Ahora bien, como límite a las mutaciones constitucionales que se convierten en prácticas recurrentes de los operadores judiciales, estas deberán ser avaladas por vía normativa mediante los cánones democráticos o ser desconocidas por ser contrarias al sentido primigenio otorgado por el pueblo.

Los límites a las mutaciones constitucionales deberán respetar los contenidos mínimos del enunciado normativo, tratándose de una modificación al interior de la norma que no tiene en cuenta las externalidades. Por ello, el texto constitucional debe admitir la interpretación dada por el operador, siendo ilegítimas aquellas mutaciones claramente contrapuestas a la norma.

Por otra parte, Da Silva (1999) señala que pueden considerarse como mecanismos de mutaciones válidas: (1) los actos de complementación constitucional; (2) la interpretación y la construcción; y (3) las prácticas sociales y colectivas. De esta forma, las constituciones resultan ser textos mutables que no pueden ser considerados estáticos y que, por el contrario, se actualizan a las condiciones socioculturales de un momento histórico determinado.

Las mutaciones tendrán una relación directa con los mecanismos de reforma constitucional y con el carácter rígido o flexible de la Constitución. Así las cosas, en constituciones flexibles, que no diferencian las normas constitucionales de las demás normas del ordenamiento jurídico, se tratará de constituciones que por su propia naturaleza serán mutables o maleables, actualizándose permanentemente por los poderes públicos. Mientras tanto, las constituciones rígidas, entendidas como aquellas que tienen procedimientos agravados para la modificación de sus textos, presentan una mayor dificultad para los cambios constitucionales, siendo voluntad del constituyente que su vocación sea más prolongada en el tiempo.

En relación con el cambio constitucional, la modificación del texto puede darse por cauces formales y no formales. En los cauces formales se habla de la modificación de la Constitución por los medios señalados por el constituyente

para tal fin, tratándose de un proceso voluntario y deliberativo sometido a las formalidades previstas por el pueblo.

Dentro del cambio formal se tienen en cuenta los términos reforma, enmienda y revisión constitucional. La enmienda ha sido conceptualizada como aquella modificación del texto que no afecta elementos esenciales de la Constitución, mientras que la revisión implica la modificación de dichos elementos.

Las mutaciones constitucionales pueden tener varias dimensiones a raíz del ejercicio de la actividad del Estado, lo cual implica que los distintos poderes públicos desarrollen actividades tendientes a constituir mutaciones constitucionales que flexibilizan el principio de rigidez constitucional y transforman la norma constitucional. Entre estas actividades estatales se encuentran:

1. **El desarrollo legislativo de la dimensión constitucional como ejercicio de mutación constitucional.** Este implica que las normas legales puedan contrariar la Constitución, produciéndose un cambio por vía legislativa (Jellinek, 1991, p. 6). Ahora bien, en paradigmas constitucionales como el NCL, con un ejercicio fuerte de control de constitucionalidad, este tipo de mutaciones podrán ser controladas por los tribunales constitucionales; pero, a su vez, estos mismos tribunales podrían avalar normas abiertamente contrarias al texto constitucional.
2. **La interpretación transformadora de la Constitución.** Esta se produce a través de la actividad jurisdiccional, cuando los jueces interpretan las normas constitucionales o ejercen control de constitucionalidad, atribuyéndoles un significado diferente al originalmente previsto por el constituyente. De esta manera, las interpretaciones se realizan sin tener en cuenta la voluntad del constituyente y abarcan una dimensión no prevista por el pueblo al momento de la creación constitucional.

Bajo esta línea de pensamiento, las mutaciones constitucionales son modificaciones sustanciales del texto constitucional que lo ajustan a la realidad sin afectar formalmente el enunciado normativo, pero sí su significado. Lo anterior genera una especial distinción con el concepto de reforma, cuya modificación sí se da en sentido formal y de manera intencional. De esta forma, las mutaciones constitucionales representan una alteración del significado propuesto por el constituyente a raíz de cambios externos a la norma, tratándose de una modificación informal. (González, 2022, pp. 65 y ss.).

Las mutaciones constitucionales, a diferencia de las reformas constitucionales, implican una modificación del objeto de la Constitución debido a una forma diferente de interpretación de la norma que la «ajusta» a la realidad. Así,

las mutaciones se producen a través de la interpretación de la Constitución por parte del intérprete auténtico:

> De manera que serán estas prácticas, actuaciones e interpretaciones las que terminaran incidiendo, con el paso del tiempo y en una forma u otra, en la menara de concebir el texto formal de la Constitución, lo que traerá como resultado, que de ahí en más, y es lo que implica que termine produciéndose, una mutación constitucional. producida la mutación constitucional, la Constitución se entenderá de manera distinta y en algunos casos de forma contraria, a como venía siendo interpretada y aplicada, pese a que su texto, es decir, la letra de la Constitución se mantenga igual. (González, 2022, p. 67)

La mutación constitucional deviene primordialmente del cambio de sentido de una norma a través de una interpretación que, en muchos casos, resulta contraria al tenor literal del texto superior (González, 2022, p. 68). Frente a este tipo de mutaciones pueden presentarse dos situaciones: de una parte, mutaciones que afectan de forma directa el sentido de una disposición constitucional; de otra, interpretaciones que avalan un acto normativo de otro poder público. Por ello, deberá diferenciarse entre las mutaciones producidas a través de las prácticas judiciales y aquellas que aprueban una norma contradictoria con el contenido de la Constitución.

Las mutaciones de la Constitución subyacen de la interpretación que emite el juez constitucional. Sin embargo, los procedimientos de interpretación resultan artificiosos en muchos casos, al emplear los métodos interpretativos para obtener una determinada respuesta esperada por el órgano que interpreta el texto normativo. En muchas ocasiones, los ejercicios hermenéuticos recaen en aspectos subjetivos y abstractos que impiden tomar en cuenta la voluntad creadora. Así, los ejercicios interpretativos tienen verdaderas facultades creadoras de derecho, que vienen a concretarse en las mutaciones de la Constitución. (Trajtman, 2007, p. 115).

Una tercera línea más crítica, liderada por Böckenförde (2000), ha dispuesto que la interpretación constitucional, debido a los múltiples métodos extrasistémicos —como el carácter integrador, creador y concretizador del derecho—, ha posibilitado el desborde de los límites mismos de la interpretación, generando una ruptura del principio democrático. Esto conlleva que los mecanismos democráticos de reforma constitucional sean obviados por los poderes constituidos para desconocer la voluntad del poder constituyente.

Por ello, se hace necesario evitar cualquier clase de subjetivismo que pueda generar una constante dinamicidad del texto constitucional, contraviniendo la fuerza normativa del texto y el principio de soberanía popular, mediante el cual se plasman por vías democráticas las reglas de una sociedad.

Del mismo modo, el autor alemán explica el concepto de mutación constitucional desde varias aristas conceptuales: (1) desde un punto de vista dogmático, entendiendo que las realidades sociales superan los sentidos normativos del texto constitucional, por lo que las mutaciones constitucionales responden a los cambios políticos y sociales propios de una sociedad; (2) las mutaciones constitucionales siempre obedecen al cambio de una realidad fáctica, puesto que el cambio no puede devenir de un aspecto normativo, ya que este último es propio de la reforma; (3) el cambio obedece a un punto de vista interno de la norma, que construye una nueva forma normativa, pero siempre desde su significado; y (4) el cambio se da de forma tácita (Böckenförde, 2000, p. 181).

Con todo, se hace necesario establecer métodos de interpretación de forma previa al ejercicio interpretativo de los jueces constitucionales, con la finalidad de que las adaptaciones o cambios a la Constitución se den bajo procedimientos establecidos por el constituyente, respetando la voluntad popular plasmada en el texto. Lo anterior conlleva que las mutaciones constitucionales deban tener un componente procedimental que limite los ejercicios interpretativos por parte de los jueces constitucionales, pero que además atribuya competencia de forma directa para el cambio constitucional tácito. En efecto, se expone:

> El cambio constitucional a través de interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración, sino que se opone a ella. Pero entonces el derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en un principio político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto correcto? (Böckenförde, 2000, p. 196)

En todo caso, la interpretación constitucional debe tener límites claros que eviten las mutaciones constitucionales como patología que desconoce los mecanismos democráticos del cambio constitucional. En cualquier caso, la propia Constitución sirve como límite al intérprete constitucional, ya no sustentada exclusivamente en los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa, sino también en el elemento político que implica el poder constituyente. No puede perderse de vista que la función de los tribunales constitucionales se concentra en la defensa, vigencia, eficacia y supremacía de la Constitución, mas no en el cambio del texto constitucional, pues esto usurparía la función propia del poder constituyente y olvidaría su papel de poder constituido subordinado a la voluntad popular. Al respecto, resulta importante citar lo dispuesto por Vidal (2021):

> Y, en este contexto, la única interpretación constitucional posible es la que adapte el sentido de las prescripciones constitucionales a los nuevos tiempos, con un

> límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma, de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Dentro de esos límites, pueden atribuirse significa-dos o sentidos diferentes al texto, sin contradecirlo, y este tipo de mutaciones constitucionales sí serían admisibles. (p. 179)

A partir de la revisión de la literatura académica, las mutaciones constitucionales tienen dos argumentos coincidentes en los que se fundamenta el cambio del significado de una norma en el transcurso del tiempo: la evolución de la realidad social como criterio de interpretación y la modificación del sentido de las normas por el cambio normativo. (Ezquiaga, 2012, pp. 40-42).

En el primero de los eventos, la mutación podría ser legítima cuando expresamente el texto constitucional consagrara este tipo de método de interpretación. Sin embargo, cuando el texto constitucional no contemple dicho método, el cambio del significado de la norma a partir del fundamento de adecuación a la realidad social será ilegítimo. En todo caso, en constituciones sin límites interpretativos, el juez puede recurrir a este tipo de ejercicios hermenéuticos con el fin de adaptar el texto a las nuevas realidades sociales, lo que podría implicar el desconocimiento de la voluntad popular plasmada en la Constitución.

Como segundo evento, la modificación de las normas por el mismo cambio normativo permite la mutación constitucional desde la aplicación de un ejercicio hermenéutico sistemático que implique la combinación de dos o más normas:

> Un elemento añadido que puede provocar la modificación del significado de una disposición, es decir, la norma que expresa, como consecuencia de las reformas del sistema jurídico, es que la promulgación de nuevas disposiciones o la derogación de otras, todas con sus correspondientes significados (normas), puede alterar las relaciones sistemáticas de aquella primera disposición y de la norma considerada su significado. En concreto, antinomias detectadas antes de la reforma normativa pueden desaparecer como consecuencia de esta, y pueden surgir nuevas contradicciones que lleven al intérprete a modificar el significado (la norma) inicialmente atribuido a una disposición. (Ezquiaga, 2012, p. 44)

Las mutaciones constitucionales parten de un concepto creativo de la interpretación que contempla el texto constitucional como un documento en constante evolución. En este sentido, las mutaciones devienen de una interpretación diferente a la esgrimida en un primer momento por el intérprete auténtico, abordando un nuevo campo interpretativo no explorado con antelación. Sin embargo, tendrán como límite el propio texto constitucional como objeto de naturaleza cognoscitiva. (Balaguer, 2022, p. 44).

Lo anterior fortalece la idea de delimitar una metodología exclusiva de la interpretación constitucional que evite cambios constitucionales no sometidos

a procedimientos democráticos. Así las cosas, en sistemas jurídicos sin límites metodológicos al intérprete constitucional, las mutaciones serán una constante debido a la libertad del intérprete para acoger o abordar un nuevo campo interpretativo, residiendo en su subjetividad el sentido que quiera darse a la norma.

Finalmente, lo revisitado denota que las mutaciones constitucionales subyacen de la interpretación de la Constitución a partir de elementos extrasistémicos, como la realidad social, o del uso de determinado método de interpretación, que podrá ser sistémico o extrasistémico. En todo caso, se considera que la interpretación, como ejercicio hermenéutico que arroja distintos significados sobre un enunciado jurídico, se encuentra sustentada en el método que aplique el intérprete. De allí la necesidad de clarificar una metodología propia.

Los jueces deberán encontrarse vinculados al texto constitucional, pero dicha dependencia dependerá del mismo texto a través de la voluntad del poder constituyente plasmada en la Constitución (Storini, 2008, p. 39).

A pesar de que la motivación pueda constituirse en un límite a la creación normativa por parte de los jueces, en tanto permite identificar los argumentos jurídicos bajo los cuales se otorga significado a una norma y se determina la razonabilidad de las decisiones, es menester delimitar y legitimar la función interpretativa de los jueces constitucionales con el fin de evitar la modificación del texto constitucional a través de mutaciones constitucionales. Los límites externos a la interpretación de los jueces determinan la utilización de criterios para que el juez adopte una decisión interpretativa acorde con la voluntad constituyente (Storini, 2008, p. 40).

Ahora bien, en diseños constitucionales que acogen una metodología propia de la interpretación pueden presentarse contradicciones entre los métodos, haciendo necesario establecer un catálogo de subreglas para su aplicación. Esto conlleva diseños más elaborados que permitan controlar a los controladores y evitar que sean los poderes constituidos quienes asuman funciones de constituyente.

2.6.- Las mutaciones constitucionales como cambio constitucional y su relación con la reforma constitucional

Como ya se vio, el concepto de mutación es correlacional al de reforma constitucional, entendiendo que la mutación consiste en una modificación informal de la Constitución, en cuanto la norma conserva el mismo texto, pero obtiene un significado diferente. Para De Vega (2000, p. 179), las mutaciones constitucionales son una forma de cambio de las normas constitucionales sin someterse al trámite previsto en la tipología de mecanismos de reforma contemplados por el constituyente.

Palomino (2018, p. 374) señala que la diferencia entre mutación y reforma constitucional se centra en que la primera consiste en una modificación no formal, que no sigue procedimientos agravados y no está acompañada de voluntariedad o conciencia al momento de modificar el sentido del texto; mientras que, en el segundo caso, se trata de una modificación dotada de voluntariedad o intención.

Al respecto, las mutaciones constitucionales tienen una relación directa con la doctrina norteamericana de la *living constitution*, dado que el carácter mutable o modificable del sentido de la norma constitucional garantiza, a su vez, la permanencia de la Constitución en el tiempo. Ello permite que la norma esté actualizada conforme a las realidades sociales y fácticas existentes al momento del ejercicio hermenéutico por parte de su intérprete. Por esta razón, la interpretación de la Constitución se convierte en el medio para la producción de las mutaciones constitucionales. (Fernández, 2013, p. 25).

Así, se diferencia la Constitución escrita de la Constitución efectiva para explicar la adaptación de las realidades normativas a las realidades fácticas a través de las mutaciones constitucionales, las cuales comparten identidad de finalidades con la reforma constitucional. Sin embargo, en el caso de las mutaciones constitucionales el enunciado normativo no se modifica; lo que se altera es su significado. (De Vega, 2000, p. 180).

Tanto la reforma como las mutaciones constitucionales implican la adaptabilidad del texto constitucional a determinadas circunstancias sociales e históricas. Sin embargo, la mutación no deja de ser un mecanismo informal de modificación de la norma sin alterar el enunciado normativo, mientras que la reforma es un mecanismo previsto por el orden jurídico (Mulino, 2018, p. 67), que además goza de legitimidad al haber sido establecido por el constituyente como mecanismo de cambio constitucional. De este modo, las mutaciones constitucionales se enmarcan dentro de una continuidad interpretativa que no exige hacer explícita la actitud de cambio de la norma (Balaguer, 2022, p. 43).

Ahora bien, el proceso de reforma implica la aptitud competencial del órgano que realiza el cambio, lo cual no ocurre en las mutaciones constitucionales. En el caso de la reforma constitucional, se concilian el principio de soberanía popular, que permite adelantar el cambio constitucional conforme a las reglas señaladas por el constituyente, y el principio de supremacía constitucional, como eje que garantiza la subordinación de las demás normas jurídicas a la Constitución (De Vega, 2000, p. 60). Mulino (2018) define las mutaciones constitucionales desde su diferencia con el poder de reforma constitucional:

> De modo que, para los fines de nuestra investigación, la Mutación se entiende como un concepto diferenciado de la Reforma, cuyo funcionamiento resulta

> complementario a la Reforma y absolutamente necesario tanto para el respeto a la norma constitucional, como para la estabilidad del estado de derecho, la seguridad jurídica y el adecuado funcionamiento institucional de la democracia. (pp. 68-69)

Ahora bien, Carpizo (2009, pp. 26 y ss.) establece que el cambio informal o la mutación constitucional puede darse a través de la interpretación o de normas secundarias. Sin embargo, advierte con claridad las diferencias entre el tribunal constitucional y el órgano revisor de la Constitución. Al respecto, señala que la función primordial de los tribunales constitucionales es la defensa y garantía de la Constitución frente a los actos normativos emanados de los poderes constituidos, lo cual hace necesario adoptar una interpretación adecuada de la carta suprema. Mientras tanto, al órgano revisor le corresponde actualizar la obra del poder constituyente, reformando, alterando, modificando o adicionando algo nuevo al orden jurídico, siempre que no se sustituya o suprima el texto constitucional. (Carpizo, 2009, pp. 26 y ss.).

Así las cosas, las funciones del tribunal constitucional son de naturaleza jurisdiccional y deben ser motivadas (Ferrajoli, 2016, p. 85), mientras que las del órgano revisor, al ser decisiones de índole política, no requieren argumentación alguna. (Carpizo, 2009, pp. 397-398).

Asimismo, la mutación constitucional es transversal a la reforma de la Constitución, en tanto, cuando el texto constitucional tenga mayores facilidades para su reforma, se presentarán menos mutaciones. No obstante, la facilidad para el cambio no puede implicar el desconocimiento de la voluntad popular, dado que el intérprete no debe apelar a los deseos del constituyente originario para sustituirlos. La necesidad de adaptar la norma a la realidad social conlleva un ejercicio interpretativo en el que el juez contempla las dinámicas propias de la vida social, lo que puede conducirlo a la creación de derecho. La mutación a través de la interpretación cercena las diferencias entre creación y aplicación del derecho, y subvierte el principio democrático al no existir una verdadera diferencia funcional entre los poderes públicos (Caracciolo, 2002, p. 64), agravándose cuando se asumen funciones de poder constituyente.

Desde la perspectiva aquí defendida, las mutaciones constitucionales constituyen una falla del sistema que impide que la Constitución se actualice conforme a los cánones y procedimientos democráticos, haciendo ilegítimo el cambio constitucional por vías informales. Asimismo, la interpretación de la Constitución debe buscar la coincidencia entre los deseos del poder soberano al establecer o crear la norma constitucional y el resultado de la labor interpretativa del juez.

Debe recordarse que, para De Vega (2000, p. 222), la noción de poder constituyente se encuentra estrechamente ligada al poder político. En primer término, porque debe concebirse al pueblo como poder soberano de carácter

ilimitado, dado que la noción misma de soberanía implica un poder absoluto. Sin embargo, también se hablará de la imposibilidad de que dicha noción opere como mecanismo limitador del poder cuando no se integra a la idea de contrato social. Por ello, una visión histórica del poder constituyente reducía este concepto al momento de creación de la Constitución, siendo luego difuminado por el principio de supremacía constitucional, que entiende la fuerza soberana del poder constituyente en su creación y transforma la soberanía política en cabeza del pueblo en una soberanía jurídica. (De Vega, 2006, p. 11).

En todo caso, con el fin de integrar la noción de soberanía popular y supremacía constitucional, los textos constitucionales, como normas supremas, deben incorporar mecanismos democráticos de cambio constitucional que permitan conciliar ambos conceptos. Además, deben procurar que la Constitución conserve efectividad frente a los cambios históricos propios de la sociedad, permitiendo el cambio por vías democráticas. De esta manera, la noción de poder constituyente como poder absoluto e ilimitado debe contar con posibilidades de modificación del texto constitucional, constituyéndose en un medio pacífico de ejercicio del poder soberano y abandonando los medios revolucionarios del cambio jurídico. (De Vega, 2006, pp. 10-11).

De esta manera, el poder de reforma constituye una verdadera autolimitación del constituyente, en cuanto limita el ejercicio del cambio constitucional por vías no democráticas. En todo caso, la reforma tiene como principales funciones:

1. Adecuar el texto constitucional a las realidades jurídicas y políticas, garantizando la defensa de la Constitución y su continuidad.
2. Servir como mecanismo de continuidad jurídica del Estado de derecho, buscando cercenar el cambio del orden jurídico por vías no regladas o revolucionarias.
3. Operar como mecanismo de la democracia constitucional, mediante procedimientos agravados de reforma que separan la modificación de la Constitución de cualquier acto legislativo ordinario.
4. Conciliar el principio democrático y la soberanía constitucional, dado el carácter histórico del poder constituyente.

El acto de reforma concilia el poder constituyente pasado y futuro, evitando que las generaciones futuras queden sujetas a las generaciones pasadas. Asimismo, entrega verdaderas formas de cambio constitucional que, al tratarse de actos políticos, siempre tendrán una dimensión revolucionaria en cuanto rompen con el orden jurídico previamente establecido (Rollnert, 2014, p. 17).

Vidal (2021) señala como principales problemas de la reforma constitucional los eventos de quebranto a la Constitución que generan excepciones a la

aplicación de un artículo constitucional, así como aquellas reformas implícitas que entran en contradicción con otros preceptos constitucionales, pero sin derogarlos de forma expresa. En todo caso, la reforma y la mutación constitucional tienen una relación inversamente proporcional: cuanto menos se reformen los contenidos constitucionales, en mayor medida se acudirá a las mutaciones constitucionales como mecanismo de cambio. (Fernández, 2013, p. 23).

De esta manera, respecto de la teoría del NCL anclada en la noción de poder constituyente, deben existir mecanismos de reforma débiles para el pueblo, permitiendo la modificación constante del texto constitucional a través de procedimientos altamente democráticos (Martínez Dalmau, 2014, pp. 103-104). Ello implica una reiterada interacción del poder soberano frente al cambio constitucional, con el fin de evitar la reforma por vías no democráticas. La institución de la reforma permitirá superar las contradicciones entre la vocación de permanencia de la Constitución y las nuevas realidades sociales, culturales y políticas, haciendo posible el dinamismo constitucional por vías democráticas que respeten la capacidad legitimadora del orden jurídico en cabeza del poder constituyente. Así, la reforma constitucional concilia la idea de Estado de derecho y Estado democrático, permitiendo la continuidad de la Constitución mediante vías democráticas y bajo ciertos procedimientos. (Wong, 2015, p. 918).

2.7.- La mutación y su asimilación a la reforma constitucional: una mirada desde el control de constitucionalidad

El concepto de Estado constitucional conlleva la idea fundamental del principio de supremacía constitucional, que se integra al principio de rigidez de la Constitución. En virtud de este último, las modificaciones al texto supremo deben realizarse mediante procedimientos agravados señalados por la propia Constitución como creación del poder soberano, impidiendo que los poderes constituidos adelanten modificaciones sin tener en cuenta los trámites previstos por el constituyente.

En todo caso, para garantizar la rigidez de la Constitución, en ocasiones se prevén gradaciones según el tipo de modificación constitucional, haciendo partícipes a los poderes constituidos o al poder constituyente, según el tipo de cambio de que se trate (Brewer-Carías, 2022, p. 138). Por ello, los tribunales constitucionales, como garantes de la supremacía constitucional, son quienes controlan que los cambios de la Constitución se adelanten por las vías previstas por el poder constituyente, de manera previa a la consulta de la voluntad popular cuando fuere el caso.

De esta forma, la estructura del Estado constitucional presenta una relación transversal entre la reforma constitucional, como garantía del principio de rigidez constitucional, y los mecanismos de control de constitucionalidad,

que permiten garantizar la voluntad popular plasmada en el texto normativo y su protección frente a los poderes constituidos (Inarra, 2019, p. 243). Lo anterior hace necesario que sea el juez constitucional el encargado de proteger la Constitución frente a sus cambios, ya sea por vías formales o sustanciales.

Albert (2019, pp. 31 y 33) señala que en los ordenamientos jurídicos se presentan dos tipos de cambios constitucionales. En primer lugar, los mecanismos de cambio formal, que se sujetan a las vías procedimentales y competencias señaladas por el constituyente. En segundo lugar, los mecanismos de reforma informal, que se producen, en la mayoría de las ocasiones, a través de decisiones judiciales, en las que se evidencian las preferencias políticas de los jueces respecto de algún precepto constitucional. Así, las reformas constitucionales informales no se encuentran plasmadas de forma directa en el texto de la Constitución, sino que deben ser auscultadas en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

En todo caso, las reformas informales a través de interpretaciones judiciales se producen en mayor medida en sistemas normativos donde se ejerce un control fuerte de constitucionalidad, permitiendo la modificación de los sentidos de las normas a través de la interpretación judicial y sus efectos vinculantes. Nuevamente, debe señalarse la existencia de una relación inversamente proporcional entre cambios formales y mutaciones constitucionales: entre menos cambios formales existan en la Constitución, mayores serán las mutaciones que sufran las disposiciones constitucionales. Sin embargo, el autor explica que las mutaciones constitucionales llevan implícito un criterio de autoridad, que hace necesario que los cambios informales se produzcan por la interpretación de un tribunal constitucional y no por cualquier juez.

Para entender el cambio constitucional formal e informal, debe trazarse una diferencia entre las disposiciones constitucionales, como enunciados que hacen parte del texto constitucional, y las normas constitucionales, como el conjunto de significados que son extraídos de dichas disposiciones. Así, Bernal Pulido diferencia entre cambios formales y modificaciones informales de la siguiente manera: los cambios formales son aquellos que modifican las disposiciones constitucionales a través de los procedimientos válidos señalados por la Constitución; por otra parte, los cambios informales implican el cambio de las normas constitucionales sin que se modifique el enunciado constitucional. (Bernal Pulido, 2018, p. 67).

La reforma constitucional es entendida como un cambio que no modifica toda la estructura de la Constitución, siendo una obra del poder constituyente. Por ello, una reforma que implique la modificación de todas las estructuras institucionales de la Constitución se convertiría en una nueva creación constitucional (Bernal Pulido, 2018, p. 67). Así, la teoría del poder constituyente exige

que el poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos tenga límites, en cuanto el poder de creación constitucional solo se encuentra asignado al poder constituyente. Por consiguiente, resultan inconstitucionales las reformas que crean un nuevo orden jurídico. (Bernal Pulido, 2018, p. 70).

Por otra parte, se desarrollan otras patologías del sistema jurídico, diferentes a las mutaciones, que pueden alterar el sentido de las normas o la finalidad buscada por el constituyente. Se entenderá como fraude a la Constitución la modificación del texto a través de procedimientos en apariencia constitucionales, pero con la finalidad de desfigurar todo el sistema político e institucional de una nación. A su vez, se hablará de falseamiento cuando se le otorga a un contenido constitucional una interpretación diferente de la prevista por el órgano creador de derecho y no se declara la inconstitucionalidad de la norma (Sagüés, 2007, p. 190). Por otra parte, se entenderá como constitucionalismo abusivo aquel fenómeno mediante el cual se busca romper el equilibrio democrático a través de las vías y trámites previstos en la Constitución (Nocera, 2019, p. 494). Por último, se hablará de sustitución cuando existe un abuso en las competencias de reforma constitucional, dándose un cambio textual de la norma mediante un medio no permitido para ello. (Guerra, 2020, p. 63).

Sobre este tipo de patologías del sistema, pueden establecerse como diferencias entre la mutación y la sustitución de la Constitución las siguientes: en la sustitución se produce un cambio del tenor literal del texto constitucional, aunque no se tiene competencia para adelantar el cambio por ese medio, presentándose un exceso competencial precedido de una mutación; mientras que, en la mutación, no existe competencia del tribunal constitucional, en cuanto el cambio no es textual, sino que consiste en la modificación del sentido de la norma, acrecentando el margen de incompetencia para el cambio. En todo caso, en sistemas fuertes de control de constitucionalidad, la patología se presenta al momento de determinar la constitucionalidad del mecanismo de cambio utilizado por los poderes constituidos, lo que conlleva que toda sustitución tenga como antecedente una mutación de la Constitución. (Guerra, 2020, pp. 65 y ss.).

▶ Tabla 2: Análisis de las patologías constitucionales

Tipo de cambio	Patología	Concepto	Órgano de control
Cambio formal	Fraude	Modificación del texto constitucional mediante los procedimientos de cambio previstos en la Constitución, pero con la finalidad de alterar el sistema político o institucional.	Tribunal constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad.

Tipo de cambio	Patología	Concepto	Órgano de control
Cambio formal	Falseamiento	Modificación de la Constitución a través de un acto normativo contrario a la Constitución, sobre el cual no se declara su inconstitucionalidad.	Tribunal constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad.
Cambio formal	Sustitución	Modificación del tenor literal de la norma constitucional sin competencia para adelantar el cambio constitucional.	Tribunal constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad.
Cambio informal	Mutación	Alteración del sentido inicialmente previsto por el constituyente para el texto constitucional.	Tribunal constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad.

Fuente:. Elaboración propia

Revisadas las patologías que pueden suscitarse en el cambio constitucional, no cabe duda de que, en sistemas de control de constitucionalidad fuerte, este tipo de patologías vienen precedidas de una mutación constitucional que permite el cambio constitucional. Es decir, existirán cambios formales de la Constitución que son contrarios a ella desde aspectos procedimentales o sustanciales. Sin embargo, toda patología vendrá precedida de una mutación constitucional que permita el cambio ilegítimo de la norma constitucional en contra de la voluntad constituyente.

Vale señalar que Albert (2020) apunta que la modificación de la Constitución solo puede realizarse mediante los procedimientos señalados por el propio texto constitucional. Sin embargo, existen cambios tan drásticos que no pueden ser asimilados a una reforma constitucional, dado que sus efectos terminan ocasionando el quebrantamiento de la Constitución y la adopción de un nuevo texto constitucional. El autor indica que las reformas constitucionales no pueden desconocer el sistema político existente, impidiéndose la deconstrucción o reemplazo de la forma de gobierno como eje esencial de la Constitución. No obstante, el autor parte de una idea que no tiene en cuenta plenamente la voluntad popular como poder soberano que puede modificar la Constitución.

De esta forma, la teoría de Albert (2020) se sustenta en cuatro proposiciones básicas para entender los cambios constitucionales. La primera, catalogada como binaria, indica que toda modificación de la Constitución conlleva una reforma o la creación de un nuevo orden jurídico. La segunda, sustantiva, sostiene que no toda modificación tramitada por un mecanismo de reforma implica una verdadera reforma. La tercera, de ilegitimidad, plantea que algunas modifica-

ciones de la Constitución resultan distintas de una reforma porque desconocen el orden existente. La cuarta, relativa a las limitaciones implícitas, advierte que, aunque en muchos eventos las constituciones no establecen límites expresos al poder de reforma constitucional, sí existen límites implícitos que impedirán que, mediante una reforma, se cree un nuevo texto constitucional, diferenciando aquellas reformas que tienen esa naturaleza de aquellas que no la tienen por la forma de establecer un nuevo orden jurídico. (Albert, 2020).

La Constitución será entendida como una creación del poder constituyente que solo puede ser modificada por este mismo. Así, la Constitución no puede ser modificada por los poderes constituidos, y la finalidad de agravar los mecanismos de reforma es conservar intacto el texto normativo como creación popular.

De esta forma, los cambios constitucionales propuestos por el autor estadounidense podrían catalogarse como reforma y enmienda. Las reformas se entienden como aquellos cambios del orden jurídico que solo pueden ser avalados por la voluntad popular, dada su especial importancia dentro del contexto constitucional. Por otra parte, se hablará de enmienda cuando se produzca una modificación que se acopla al contenido constitucional previsto por el poder constituyente y no supone una nueva creación constitucional. Así las cosas, se habla de desmembramiento de la Constitución cuando, a través de un mecanismo de cambio constitucional por parte de los poderes constituidos, se produce:

> (…) un cambio que incompatible en el marco constitucional existente y con sus propósitos; introduce una transformación, pero no produce un nuevo texto, pues, desde una perspectiva formal, este se conserva del mismo modo en que se encontraba, a excepción del cambio que se ha introducido. La teoría del desmembramiento constitucional, por tanto, no reconoce una nueva constitución hasta que, en efecto, se promulga una nueva de manera autoconsciente por los actores políticos relevantes, quienes deciden llevar a cabo el proceso formal de creación constitucional. (Albert, 2020)

De la misma forma:

> Un desmembramiento constitucional, por el contrario, es incompatible con el marco existente de una constitución porque persigue un objetivo que resulta antagónico. De manera deliberada, pretender desmontar alguno, o algunos elementos esenciales del texto superior. Un desmembramiento constitucional altera el derecho fundamental, un principio estructural o una característica central de la identidad de una constitución; es un cambio que, en opinión de los actores políticos y del pueblo, resulta inconsistente con esta, para la época en que se introduce el cambio. (Albert, 2020)

La teoría del desmembramiento constitucional promueve la evolución y transformación de los ordenamientos, con lo cual garantiza la conservación de su continuidad normativa. Del mismo modo, invita a que las reformas, grandes o pequeñas, ocurran dentro del mismo régimen, sin fomentar que los actores políticos y el pueblo den pasos por fuera de la Constitución para resolver un problema, sea este real o imaginado. El reto de diseñar reglas de reforma constitucional consiste en establecer la manera en que los actores políticos se controlan a sí mismos por medio de procedimientos previamente establecidos.

En todo caso, la interpretación del juez constitucional tiene especial importancia al momento de avalar la reforma constitucional, tanto en diseños institucionales estándar como en modelos más complejos. La ausencia de límites interpretativos genera un amplio espectro de discrecionalidad para que los jueces valoren la constitucionalidad de la reforma. Asimismo, el juez podrá realizar la mutación de los contenidos constitucionales con el fin de legitimar un cambio constitucional, obviando la voluntad popular y constituyendo una elusión de los procedimientos de reforma.

En todo caso, la teoría del desmembramiento constitucional invita a que los actores políticos y sociales intervengan en los procesos de cambio constitucional, pero también a que se establezcan reglas que permitan su autocontrol, evitando elusiones a la Constitución. Al respecto, también se indica que el fraude constitucional sucede cuando los actores acatan la literalidad de los medios de reforma para vulnerar la finalidad o espiritualidad de la misma:

> La teoría del desmembramiento constitucional no se funda en una comprensión normativa de la constitución; se preocupa menos por la defensa de la democracia liberal que por acatar el texto superior, tal como este es interpretado convencionalmente que importa el acuerdo constitucional presente u como se introducen cambios en el. El desmembramiento no adopta judicial a priori sobre aquello que la constitución debería hacer, consagrar o preferir. En lugar de ellos, toma como línea de base los compromisos y las interpretaciones actuales de la carta, a partir de ellos evalúa si una reforma constitucional modifica de manera significativa dicha línea de base, de modo que implique la transformación de un derecho, estructura o rasgo de identidad constitucional fundamental. (Albert, 2020)

Finalmente, Albert (2020) expone la regla de la reciprocidad a partir de la gradación de los mecanismos de cambio constitucional, aduciendo que los medios de reforma deben ser agravados según el tipo de cambio constitucional que se presente.

Retomando la idea de que existen modificaciones a la Constitución que no pueden desconocer su contenido, el poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos no puede pretender destruir la noción básica del poder constitu-

yente. Se explica entonces que existen diseños institucionales que permiten y posibilitan el desmembramiento constitucional por parte de los poderes constituidos, estableciendo mecanismos de reforma que no consultan la voluntad popular y permiten que los poderes constituidos alteren el sentido original de la Constitución. Asimismo, existen diseños institucionales que no permiten diferenciar los procedimientos de enmienda de aquellos procedimientos de verdadera reforma constitucional. En ambos casos, la voluntad popular termina siendo desconocida por los poderes públicos.

El NCL fortalece el principio de rigidez constitucional no solo estableciendo gradaciones a los tipos de cambio constitucional que se pretendan desarrollar sobre la Constitución, sino integrando, además, la participación popular para la aprobación del cambio. (Guerra, 2020, p. 59).

▶ Tabal 3. Diseños institucionales desde los mecanismos de reforma constitucional

Tipología de diseños	Gradación de mecanismos de cambio constitucional	Participación popular
Muy fuerte	Sí	Sí
Fuerte	No	Sí
Intermedio	Sí	No
Débil	No	No

Fuente:. Elaboración propia

Pueden presentarse cuatro tipos de diseños institucionales que harían más proclives los quebrantamientos constitucionales y las mutaciones constitucionales, tanto por los ejercicios normativos de los poderes constituidos como por la interpretación de los tribunales constitucionales. Un diseño muy fuerte implica diferenciar las formas de cambio que puede sufrir la Constitución e incorporar la participación del pueblo en el cambio constitucional, reforzando la idea del pueblo como poder soberano. Un diseño fuerte, aunque no gradúa los mecanismos de cambio constitucional, sí contempla la participación popular en el cambio constitucional, reforzando la necesidad de que el pueblo tome las decisiones respecto de su creación normativa. Un diseño intermedio presenta gradaciones de los cambios constitucionales, estableciendo procedimientos más agravados según el tipo de cambio, pero sin tener en cuenta la voluntad popular. Finalmente, un diseño débil no presenta gradaciones de los cambios constitucionales ni tiene en cuenta la voluntad popular en el cambio.

De la misma forma, los diseños institucionales tienen incidencia directa en la concepción del pueblo como poder constituyente, lo que a su vez permite,

en mayor o menor medida, los cambios informales de la Constitución. Por lo anterior, en diseños institucionales más fuertes la idea de poder constituyente es más invasiva y, *prima facie*, implicaría escenarios que imposibilitan los cambios constitucionales por vía normativa. No obstante, ante la dificultad del cambio formal, podrían abrir una brecha mayor al cambio por vía de interpretación constitucional, dada la necesidad de adecuar la Constitución a los cambios sociales.

Empero, tanto en diseños institucionales muy fuertes como en diseños débiles las mutaciones pueden ser recurrentes. En el caso de los diseños muy fuertes, debido a la petrificación del cambio formal por las dificultades de su trámite, que hacen que el juez acuda a la realidad social para interpretar la norma y buscar su adecuación al momento histórico del ejercicio hermenéutico. En los diseños institucionales débiles, en cambio, podrán darse cambios formales que contradigan la voluntad popular por parte de los poderes públicos, mutando el sentido original del texto político. Dependerá entonces del control que realicen los tribunales sobre el acto normativo. En todo caso, la decisión judicial deberá contener límites que permitan controlar tanto a los poderes constituidos como al controlador.

▶ Tabla 4. Tipología de mutaciones según los diseños institucionales

Diseños institucionales	Cambio formal	Cambio informal	Mutación	Causa
Más fuertes	No	Sí	Jurisprudencial	Adecuación de la norma a la realidad social.
Menos fuertes	Sí	No	Actos normativos y jurisprudenciales	Modificación de la Constitución por parte de los poderes constituidos y ejercicio de control de constitucionalidad sobre los actos de cambio constitucional.

Fuente:. Elaboración propia

Retomando la idea de poder constituyente según los diseños institucionales, se entendería que en diseños más fuertes la noción de poder constituyente es más invasiva y conlleva el fortalecimiento de los principios de rigidez y supremacía constitucional. Mientras tanto, en diseños institucionales débiles se dará una flexibilización de los principios de rigidez y supremacía constitucional, transversales a una idea débil del principio de soberanía popular. De esta forma, el juez constitucional, en ambos escenarios, tiene la tarea de garantizar la voluntad popular desde dos aristas muy distintas: en diseños institucionales más fuertes, desde la autocontención y los límites a su interpretación, impidiendo las

mutaciones desde su propio seno ante la necesidad de adecuar la Constitución a las realidades sociales que no han sido actualizadas por medios formales; y, en diseños institucionales más débiles, mediante el control de los actos normativos que modifican la Constitución, así como mediante la autocontención en sus decisiones judiciales.

Desde los límites de la interpretación de la Constitución, los diseños institucionales interfieren en el modelo de juez constitucional que busca establecer el constituyente. En diseños institucionales más fuertes se prevé un juez constitucional que controle en mayor medida sus propios impulsos. Mientras que, en diseños institucionales más débiles, se prevé un juez constitucional tendiente a controlar los impulsos de los demás poderes públicos.

Asimismo, los diseños institucionales tendrán incidencia directa en la legitimación del cambio constitucional. En diseños institucionales fuertes, el cambio constitucional formal tendrá mayor legitimidad dada la participación popular y la tipología de los cambios, constituyéndose los cambios constitucionales informales en patologías del sistema. Por otra parte, en diseños institucionales más débiles, los cambios formales contarán con baja legitimidad democrática, lo que posibilita que los cambios informales sean más propios de estos sistemas, al entregar a los poderes constituidos mayores facultades de cambio.

▶ Tabla 5. Legitimidad democrática de los cambios constitucionales según los diseños institucionales

Diseños institucionales	Cambios formales	Cambios informales
Diseños más fuertes	Mayor legitimidad	Menor legitimidad
Diseños más débiles	Menor legitimidad	Mayor legitimidad

Fuente: Elaboración propia.

Del mismo modo, las mutaciones constitucionales podrán constituirse como patologías del sistema o como instituciones propias de este, según el tipo de diseño institucional. En algunos sistemas, las mutaciones serán verdaderas instituciones que promueven el carácter normativo de la Constitución y obstaculizan el desuso de las normas. Por otra parte, en sistemas con posturas más invasivas del poder constituyente, las mutaciones serán patologías que afectan el carácter democrático de la Constitución.

Los sistemas con mayor influencia de tesis neoconstitucionalistas serán más proclives a las mutaciones constitucionales, tanto por su estructura como por su efecto invasor dentro de cualquier realidad social. Entonces, la idea del neoconstitucionalismo como teoría de la interpretación que reivindica la aplicación de las normas constitucionales y subordina la legitimidad democrática

de la Constitución a su carácter normativo hará más proclive la producción de mutaciones constitucionales. Mientras tanto, el NCL reforzará el carácter democrático de la Constitución como eje esencial y su carácter normativo como una característica propia del sistema.

> No obstante, la normatividad se encuentra subordinada a la legitimidad. Esto conlleva que, en sistemas más cercanos al NCL, las mutaciones se constituyan como patologías que afectan el carácter democrático de la Constitución (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, pp. 70 y ss.). Albert (2020) señala que aquellos diseños institucionales estándar, que impiden diferenciar los procedimientos de enmienda de los de reforma constitucional, permiten el desmembramiento de la Constitución.

En el NCL se presentarán dos situaciones respecto de su modelo de cambio constitucional. Una primera, en la que no se presenta distinción alguna, como ocurre en el caso colombiano, que acoge un diseño estándar que no permite diferenciar los procedimientos de enmienda —como modificaciones de un elemento no esencial del texto— de aquellos de reforma en los que sí se modifica un aspecto esencial del texto. No obstante, la teoría de Albert (2020) parecería abarcar la reforma como creación de un nuevo orden constitucional, situación que no sería abordada de igual forma por el NCL. En este último se presentaría un trinomio respecto de los mecanismos de cambio constitucional y se diferenciaría el procedimiento de enmienda, el de reforma y el de creación constitucional propiamente dicha. En todo caso, el autor plantea como crítica:

No obstante, en la actualidad, el diseño estándar de las reglas de reforma formal en las constituciones del mundo no establece por lo general diferencias entre las facultades de reforma y de creación constitucional. Como resultado, la mayoría de las constituciones no reconocen las importantes diferencias entre los umbrales para la reforma y la ratificación. Por tal motivo, pierden de vista las posibilidades que existen para permitir transformaciones constitucionales que mantengan la continuidad jurídica del procedimiento. El diseño estándar de las reglas de reforma produce una amplia discrecionalidad para que los tribunales distingan, según lo consideren adecuado, entre los poderes de reforma y creación constitucional. (Albert, 2020)

Ahora bien, la ausencia de una diferencia entre el poder de reforma y el de creación conlleva, como en el caso colombiano, la adopción de una visión restrictiva frente a la reforma y, en consecuencia, que cualquier reforma deba ser tramitada bajo procedimientos o mecanismos constitucionales supremamente agravados. El caso colombiano, por ejemplo, conecta el poder de reforma con la creación de un nuevo orden jurídico, lo que hace inviable cualquier tipo de reforma constitucional mediante procedimientos preestablecidos, como el referendo. Así, la CCC considera que, a pesar de que el pueblo intervenga de forma

directa en la votación del referendo, el acogimiento de las reglas propias de la reforma impide que se trate de un verdadero poder constituyente, en tanto no se trata de un poder absoluto e ilimitado, sino limitado por el poder constituyente al momento de la creación del texto.

> En primer lugar, el diseño estándar promueve la inestabilidad. Como mínimo, las reglas de reforma deberían prescribir un proceso transparente, predecible y racional para modificar la constitución; no obstante, en el diseño estándar, estas reglas no distinguen entre procedimientos de reforma constitucional y creación constitucional. En consecuencia, la única forma legal de transformar la carta es llevar a cabo un proceso de creación constitucional completamente nuevo y arriesgarse a la incertidumbre que implica romper la continuidad del ordenamiento. En segundo lugar, el diseño estándar no proporciona herramientas contra la manipulación judicial de las reglas de reforma constitucional. (Albert, 2020)

Es menester resaltar que el control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales no se sustenta en la posibilidad de que estas sean jurídicamente viables, sino en determinar hasta qué punto se escogió el mecanismo apropiado según el grado de intervención del pueblo en ellas (Colón-Ríos, 2018, p. 11), pudiéndose presentar una mutación seguida de una sustitución de la Constitución, como ya se dijo. En todo caso, ante el déficit democrático del poder de reforma, el NCL impregna los mecanismos de cambio constitucional de legitimidad democrática a través de la aprobación popular de estos. (Colón-Ríos, 2018, p. 14).

Las mutaciones constitucionales en los sistemas fuertes de control de constitucionalidad se producirán a través del actuar normativo de los poderes constituidos y del aval de los tribunales constitucionales; en este último caso, a partir de la ausencia de control efectivo y real por parte del juez constitucional. Aquí la interpretación de la Constitución juega un papel central en la producción de una mutación, ya sea por la acción creativa del juez constitucional en su jurisprudencia o por el aval a las mutaciones realizadas por los poderes constituidos bajo sus competencias de creación normativa. Así, la ausencia de límites interpretativos conlleva indefectiblemente un poder sin control, que termina pervirtiendo y desconociendo la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. En todo caso, si bien resultan de vital importancia los límites externos a la decisión judicial, que garantizan la independencia y autonomía de los jueces constitucionales, también se hace imperioso establecer límites internos a la función interpretativa de los jueces.

En todo caso, el control fuerte de constitucionalidad sobre las normas constitucionales e infraconstitucionales solo puede provenir del máximo y auténtico intérprete de la Constitución, dados sus principios de rigidez y supremacía cons-

titucional. Así las cosas, es el juez constitucional quien tiene la decisión final sobre la constitucionalidad de determinado acto normativo (Guerra, 2020, p. 62). Las tensiones generadas por la dificultad contramayoritaria del control de constitucionalidad de las normas se potencian aún más frente a normas de rango constitucional, como pueden ser los actos formales de cambio constitucional. (Salazar & Alonso, 2022, p. 252).

Viciano y Moreno (2018, p. 189) señalan que dentro de la teoría de la sustitución constitucional se da una suerte de jerarquías normativas internas en el texto constitucional. Sin embargo, ante la inexistencia de cláusulas pétreas o de intangibilidad, será el juez constitucional el encargado de interpretar y determinar su rango jerárquico. Lo anterior posibilita que el juez constitucional tenga amplios márgenes interpretativos que pueden ocasionar el desconocimiento de la voluntad popular plasmada en la Constitución. Así, algunos teóricos han intentado limitar el poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos, invalidando aquellas modificaciones que no cuenten con el aval del pueblo.

Ahora bien, con el fin de controlar la constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución —que *prima facie* tendrían la misma jerarquía de la Constitución—, se dio la necesidad teórica de crear jerarquías normativas internas dentro de la propia Constitución. (Salazar & Alonso, 2022, p. 252).

Bachof (2010, pp. 22 y ss.), como precursor de la teoría de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, ha destacado que una norma constitucional puede, a su vez, ser inconstitucional, ya sea por vulneración del derecho escrito o del derecho no escrito. Respecto de las vulneraciones al derecho escrito, el autor alemán contempla cinco formas en que puede presentarse la inconstitucionalidad de las normas constitucionales escritas: (a) la inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales, cuando la norma no se aprueba bajo los procedimientos señalados por la Constitución o por una norma preconstitucional; (b) la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, cuando pretenden desconocer cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas, lo que ocasionaría el desconocimiento del poder soberano en cabeza del pueblo; (c) la inconstitucionalidad por contradicción con normas superiores, es decir, cuando una norma de contenido meramente formal contraviene una norma de carácter fundamental con jerarquía superior dispuesta por el poder constituyente (Bachof, 2012, pp. 75-80); (d) la inconstitucionalidad mediante la mutación de las normas constitucionales, cuando el sentido de la norma es modificado y contradice el contenido de la Constitución (Bachof, 2010, pp. 80-83); y (e) la inconstitucionalidad por infracción del derecho metapositivo positivizado, es decir, valores o principios supremos que no pueden ser contrariados por mandato expreso del poder constituyente.

Mientras tanto, se hablará de normas inconstitucionales por contradecir el derecho no escrito en los siguientes eventos: (a) la inconstitucionalidad por lesión a principios no escritos en la Constitución, pero que son subyacentes al texto constitucional; (b) la inconstitucionalidad por contradicción del derecho constitucional consuetudinario, aunque en los textos constitucionales las normas de derecho consuetudinario no tienen vocación de declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional; y (c) la inconstitucionalidad por infracción del derecho metapositivo no positivizado. (Bachof, 2010, p. 80).

De lo planteado se extrae la posible declaratoria de inconstitucionalidad de los actos modificatorios de la Constitución que cambien o alteren elementos propios de su identidad. En todo caso, la reforma constitucional no puede suponer la creación de un nuevo orden jurídico, dado que ello desconocería la función propia del poder constituyente. Sin embargo, la teoría del NCL intenta dotar al poder de reforma constitucional de legitimidad democrática, buscando que el pueblo apruebe de forma directa los actos reformatorios de la Constitución.

2.8.- Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y mutaciones constitucionales: una mirada desde el cambio formal

En cualquier caso, las mutaciones constitucionales llevan implícito un ejercicio interpretativo que tiene en cuenta factores extrasistémicos y obvia los procedimientos democráticos de reforma constitucional, bajo la excusa de adaptar la norma a las necesidades sociales propias de una época. Sin embargo, este tipo de interpretación desconoce el sentido originario que el poder constituyente otorga al texto normativo.

En sistemas con controles fuertes de constitucionalidad, las mutaciones constitucionales quedan supeditadas a la esfera jurisdiccional, dado el fuerte sistema de control que ejercen los tribunales constitucionales sobre las demás normas constitucionales e infraconstitucionales. Así, los tribunales constitucionales pueden adoptar interpretaciones que avalan actos normativos generadores de mutaciones constitucionales o, por sí mismos, declarar la inconstitucionalidad de determinada norma a través de una interpretación que altere el significado original del texto constitucional.

Se ha dicho que, dentro de los mecanismos de cambio o modificación de la Constitución, se encuentra la mutación constitucional. Ello revela la existencia de procedimientos implícitos para alterar el sentido de la norma. En cualquier caso, las mutaciones constitucionales presentan como punto a favor la garantía del principio de supremacía constitucional, en cuanto permiten comprender la continuidad de un orden jurídico. No obstante, a su vez, permean el principio de rigidez constitucional al obviar los procedimientos de reforma señalados por el constituyente.

Revisado lo anterior, las mutaciones constitucionales presentan un problema de legitimidad democrática, dado que las modificaciones a los textos constitucionales por parte de los poderes constituidos carecen de aquella legitimidad que solo puede brindar el pueblo como poder constituyente creador del texto constitucional (Masapanta, 2020, p. 98). Esta idea se ve robustecida en constituciones pertenecientes a la teoría constitucional del NCL, dado su especial carácter democrático, supeditado a las nociones de soberanía popular y poder constituyente. (Cadenas, 2020, p. 103).

Por otra parte, la mutación de la Constitución encuentra una estrecha relación con la reforma, ya que ambos son procedimientos que modifican la Constitución y comparten ejes nodales, aunque también presentan elementos diferenciadores que hacen que se trate de fenómenos complementarios y, a la vez, excluyentes. Como elementos comunes con la reforma, se tiene que tanto la reforma como la mutación persiguen un mismo objeto: la modificación del contenido de la Constitución, ya sea de forma expresa o tácita, buscando adecuar el texto constitucional a las realidades sociales imperantes dentro del Estado.

Así, ambos conceptos buscan asegurar la supremacía de la Constitución y la eficacia normativa del texto mediante la modificación de los significados de las normas constitucionales. De allí que la realidad social y las necesidades propias de un momento histórico impliquen ejercicios y técnicas de interpretación que viabilizan dichos cambios. (Masapanta, 2020, p. 103).

Como segundo elemento común se presenta el órgano que controla las modificaciones constitucionales. En las constituciones del NCL, al adoptarse un control fuerte de constitucionalidad, serán los tribunales constitucionales los encargados de controlar o propiciar los cambios constitucionales, al ser estos los intérpretes auténticos y últimos de la Constitución (Masapanta, 2020, p. 103).

Respecto al alcance, tanto las reformas como las mutaciones constitucionales se encuentran sujetas a límites en cualquier régimen democrático, ya que la propia Constitución contiene cláusulas limitativas a los cambios constitucionales (Masapanta, 2020, p. 105). A su vez, se hace necesaria la aplicación del principio de reciprocidad, que impide el cambio del núcleo esencial del texto supremo.

Mientras tanto, como elementos diferenciadores entre la mutación y la reforma constitucional se encuentra, en primer lugar, la naturaleza jurídica de los actos. La reforma está reglada por el mismo poder constituyente en su creación, mientras que en las mutaciones no existen elementos reglados o procedimentales que controlen sus cambios, siendo la autolimitación de los tribunales constitucionales su único límite.

En cuanto a su objeto, la reforma persigue la modificación expresa de un precepto constitucional, a diferencia de la mutación, que busca la modificación

tácita de la Constitución. Por ello, en el primero de los casos se produce una modificación, supresión o alteración que afecta de forma directa y expresa un contenido constitucional. Por otra parte, las mutaciones constitucionales no modifican el texto normativo, pero sí alteran el significado material del enunciado normativo, lo que a su vez genera un cambio del sentido inicialmente asignado por el poder constituyente, constituyéndose en una afrenta a la voluntad soberana.

Respecto al procedimiento, la reforma tiene un trámite dispendioso que debe cumplirse a cabalidad, so pena de ser declarada inconstitucional mediante providencia del tribunal constitucional (Masapanta, 2020, p. 106). En las mutaciones de primer orden, la modificación se produce en las mismas providencias judiciales, al alterar directamente el sentido de una norma constitucional en su aplicación a un caso específico. En las mutaciones de segundo orden, se avalan textos normativos infraconstitucionales que modifican el sentido inicialmente asignado por el pueblo en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, siendo la Constitución referente de validez de las demás normas. Finalmente, las mutaciones de tercer orden avalan la sustitución de la Constitución a través del exceso de competencias en el cambio constitucional formal, permitiendo la modificación inconstitucional de la Constitución mediante un ejercicio hermenéutico que legitima la vulneración de la voluntad soberana.

▶ Tabla 6. Tipología de mutaciones constitucionales y concepto

Tipo de mutación	Concepto	Norma sobre la que recae
Mutaciones de primer orden	Se modifica el sentido de la norma constitucional para resolver un caso específico.	El contenido constitucional que será aplicado al caso específico.
Mutaciones de segundo orden	Se modifica el sentido de la norma constitucional para avalar una norma infraconstitucional.	La norma constitucional como referente de validez de las demás normas del orden jurídico y la norma sobre la cual se denuncia su inconstitucionalidad.
Mutaciones de tercer orden	Se modifica el sentido de la norma constitucional para avalar el cambio formal de la Constitución.	La norma o conjunto de normas constitucionales que sirven de fundamento para la declaratoria de inconstitucionalidad de un mecanismo de cambio formal de la Constitución.

Fuente: Elaboración propia

Sobre el carácter contramayoritario de las mutaciones constitucionales, puede decirse que, al estar en manos de los jueces constitucionales, según su especial condición, carecen de un componente de legitimidad democrática por

la forma de elección del órgano creador y por su falta de representatividad. Así, por ejemplo, teorías como las expuestas por Bickel, Waldron o Hart Ely cuestionan la legitimidad democrática de los actores judiciales en el control de constitucionalidad y en la revisión de normas proferidas por poderes verdaderamente mayoritarios que representan al pueblo. Esta situación puede ser aún más conflictiva cuando se trata de creación de derecho constitucional como obra propia del poder constituyente.

Esta dificultad, sin lugar a dudas, será mucho más evidente en sistemas constitucionales como los adoptados por el NCL, que reivindican la noción del pueblo como poder soberano y verdadero poder constituyente que legitima la fuerza y eficacia normativa de los contenidos constitucionales. No puede perderse de vista que el NCL y su núcleo central —la noción de poder constituyente— recobran las ideas del constitucionalismo democrático, impregnando de legitimidad democrática las modificaciones, alteraciones y sustracciones constitucionales.

Por ello, las mutaciones constitucionales, como alteraciones del sentido de las normas constitucionales, tienen una doble deficiencia democrática: desde un punto de vista procedimental, porque la modificación no se tramita por las vías institucionales señaladas por el poder constituyente; y, desde un segundo punto de vista, por la ausencia de competencia de los poderes constituidos para realizar dicha modificación, dada la garantía del principio de soberanía popular.

En el NCL, las modificaciones y alteraciones de la Constitución deben contar con el aval popular para su procedencia, eliminando los mecanismos formales e informales de modificación del texto constitucional en cabeza de los poderes constituidos. Por ello, las mutaciones constitucionales provenientes directamente de los tribunales constitucionales tienen un mayor nivel de déficit democrático, ya que dichas decisiones no pueden ser sometidas al escrutinio popular ni a control alguno, como sí podría ocurrir con las facultades normativas en cabeza de poderes con mayores márgenes de legitimidad democrática —al menos de forma representativa—. En todo caso, existen quienes legitiman la procedencia de las mutaciones constitucionales cuando estas tienden a amplificar los derechos constitucionales o a mantener el equilibrio del sistema político:

> Es por ello, que en los sistemas constitucionales contemporáneos las actuaciones de los jueces como guardianes de la Constitución y de los derechos en ella contenidos frente a los permanentes cambios políticos se torna imprescindible, de ahí que una mutación constitucional vía hermenéutica encuentra su justificación y por ende su legitimación de ejercicio cuando las cortes y tribunales constitucionales propenden a preservar la democracia, proteger los derechos de las personas y de la naturaleza, y garantizar el modelo republicano de gobierno, sin embargo dichos cambios al

> igual que los procesos formales de reforma deberán ser aprobados mediante un referendo popular. (Masapanta, 2020, p. 112)

No obstante, no se tratará de verdaderas mutaciones constitucionales si se da una interpretación acorde con la ontología misma del NCL, convirtiéndose la noción de poder constituyente no solo en un concepto preconstitucional, sino además en un elemento propio de la interpretación constitucional.

Asimismo, la realidad social como mecanismo y justificación de las mutaciones constitucionales, que permite el cambio de la Constitución por vías no democráticas y contrarias a la voluntad plasmada en el texto, desconoce el principio democrático y también el principio de soberanía popular, al legitimar un accionar en contra del texto constitucional o una interpretación *contra constitutionem* (Storini, 2008, p. 52). Por ello, la realidad social no puede ser un medio ni una justificación para las mutaciones constitucionales en el NCL, por cuanto esta teoría de la Constitución no centra su mirada únicamente en el carácter normativo de la Constitución, sino que se enfoca en la legitimidad democrática de la creación constitucional. (Viciano & Martínez Dalmau, 2014, p. 60; Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 3).

De allí que cualquier cambio constitucional deba realizarse bajo una perspectiva que amplifique la noción de poder constituyente. Al respecto, Martínez Dalmau (2016, pp. 133-134) señala que las interpretaciones de la Constitución no pueden subvertir la voluntad originaria so pena de adaptar el texto a las dinámicas sociales de un momento determinado. No puede perderse de vista que, desde una teoría democrática de la Constitución, la modificación de las normas constitucionales deberá darse mediante un proceso democrático, público y deliberativo. Solo así el cambio será legítimo:

> En caso de que la adaptación social y la normatividad de las disposiciones fueran tan relevantes como para conservar un significado contrario a la voluntad constituyente una Constitución democrática no debería tener obstáculos para ser modificada democráticamente, a través de una nueva generación de voluntad general: el debate público y decisión colectiva sobre la disposición correspondiente.
>
> El carácter emancipador de la Constitución democrática requiere de esta potencial revisión, que rompería formalmente la rigidez justificadora de la decisión judicial evolutiva. Así podría o no coincidir con la decisión democrática; esta decisión seria evolutiva. Hurtar la decisión del debate público y hacerla recaer sobre los hombros del juez haría un flaco favor a la evolución democrática de la sociedad a través de la dialéctica constituyente que soluciona de manera emancipadora la tensión entre democracia y constitucionalismo. (Martínez Dalmau, 2016, p. 134)

En todo caso, las teorías que entienden a los poderes constituidos como dinamizadores de los contenidos constitucionales, con el fin de garantizar la efectividad y supremacía de la Constitución, son inadmisibles bajo una teoría de la Constitución como el NCL. En el NCL, la labor judicial deberá ser una actividad de contención de las decisiones de los órganos constituidos, con el fin de preservar la voluntad creadora (Ackerman & Rosenkrants, 1991, p. 18). Lo anterior implica que los tribunales constitucionales tienen como límite la misma voluntad popular plasmada en el texto normativo creado por el constituyente y, con ello, la imposibilidad de crear derecho, asumiendo una función meramente cognoscitiva. (Ferrajoli, 2016, pp. 68 y ss.).

No puede olvidarse que los ejercicios de creación no tienen límite alguno, ya que no parten de ningún modelo normativo predispuesto, sino que buscan crear, configurar o complementar un nuevo orden jurídico. En consecuencia, cualquier ejercicio de creación resulta ser una clara contradicción del carácter normativo de la Constitución que irradia todo el orden jurídico y, además, contradice la autoridad del poder constituyente.

Las interpretaciones de los tribunales constitucionales deberán estar dirigidas al respeto y garantía de los derechos constitucionales consagrados por el constituyente. Se trata de una visión histórica de los derechos que debe buscar descifrar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, abandonando las teorías objetivas de la interpretación y acogiendo una ideología radicada en descifrar la voluntad del constituyente; es decir, una teoría e ideología subjetiva de la interpretación.

No puede olvidarse que, en estricto sentido, las mutaciones constitucionales en sistemas como los del NCL siempre provienen de los tribunales constitucionales, debido al ejercicio de un control fuerte de constitucionalidad. Si bien los poderes constituidos cuentan con facultades normativas para desarrollar los preceptos constitucionales, la propia Constitución funge como límite a dichas facultades. Así, el principio de supremacía constitucional se constituye en un límite infranqueable al legislador, que debe hacerse explícito por el juez constitucional.

Del mismo modo, la sustitución como patología deviene igualmente de un ejercicio de mutación que avala el cambio textual de la norma constitucional, modificando el sentido normativo de las normas relativas a la reforma respecto de la competencia para llevar adelante el cambio constitucional. Tendremos entonces mutaciones constitucionales en el ejercicio del control de constitucionalidad de doble vía: por un lado, aquellas que avalan la sustitución de la Constitución a través de medios agravados para su cambio; por otro, aquellas mutaciones que se producen respecto de normas infraconstitucionales. Sin

embargo, las mutaciones siempre se producirán a través de la jurisprudencia en el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas.

De esta forma, han sido una constante las actividades interpretativas de los jueces constitucionales en los actos de enmienda o reforma constitucional que han avalado movimientos reeleccionistas, evidenciando la ausencia de independencia de los tribunales constitucionales frente al poder ejecutivo. Por ello, han sido los tribunales constitucionales los encargados de eliminar, vía interpretación constitucional, los límites a los poderes públicos. (Grijalva & Castro, 2020, p. 42).

El NCL, partiendo de un control fuerte de constitucionalidad, diferencia los actos constituyentes originarios de aquellos derivados, incluso cuando el pueblo participa en ellos, ya que entiende que los procedimientos de cambio tienen un componente jurídico sujeto a controles jurisdiccionales y que solo el acto de creación constitucional puede catalogarse como acto político sin limitaciones. De esta forma, el juez constitucional controla que los cambios constitucionales respeten las reglas señaladas por el constituyente originario.

El caso colombiano, como modelo primigenio del NCL, prevé mecanismos de reforma constitucional que colisionan con la noción de poder constituyente y el carácter soberano del pueblo, en cuanto la modificación se realiza a través de órganos constituidos, tratándose de verdaderas mutaciones constitucionales en razón de la ausencia de carácter material del mecanismo de reforma. Ello comprende que no puedan modificarse elementos nucleares del texto constitucional. No obstante, en modelos fuertes de control de constitucionalidad, los tribunales constitucionales son quienes avalan o rechazan este tipo de mutaciones constitucionales mediante control jurisdiccional de estos actos. Véase el siguiente esquema sobre los mecanismos de cambio constitucional desde el tenor literal de la norma suprema.

▶ Tabla 7. Características del cambio constitucional formal en Colombia

Mecanismo de cambio constitucional	Iniciativa	Trámite	Objeto de cambio	Restricciones	Participación popular
Acto legislativo	Diez miembros del Congreso; veinte por ciento de los concejales o diputados; o el pueblo con apoyo del cinco por ciento del censo electoral.	El trámite deberá darse en dos periodos ordinarios y consecutivos. En el primer periodo deberá contar con la mayoría de los asistentes de cada cámara y, en el segundo periodo, con la mayoría de los miembros de cada cámara.	No establece.	No establece.	Solo cuando la reforma verse sobre derechos reconocidos en el capítulo I del título II, sus garantías o los procedimientos de participación popular, siempre que lo solicite el pueblo con apoyo del cinco por ciento del censo electoral dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo.
Referendo	Gobierno o el pueblo.	Deberá aprobarse por la mayoría de los miembros de cada cámara mediante ley que someta el proyecto a referendo. La aprobación deberá darse por más de la mitad de los sufragantes y, además, el número de estos deberá exceder la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.	No establece.	No establece.	Sí.

Mecanismo de cambio constitucional	Iniciativa	Trámite	Objeto de cambio	Restricciones	Participación popular
Asamblea Nacional Constituyente	Congreso de la República.	La convocatoria deberá realizarse mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de cada cámara, determinando la competencia, periodo y composición de la Asamblea. El llamado a convocatoria deberá ser aprobado por una tercera parte del censo electoral. La Asamblea debe ser elegida por voto directo de los ciudadanos y no podrá coincidir con otro acto electoral.	No establece.	No establece.	Sí, al momento de la convocatoria y elección de los miembros.

Fuente: Elaboración propia.

A pesar del tenor literal de la norma constitucional, la CCC desarrollaría con posterioridad la teoría de la sustitución de la Constitución para establecer verdaderos límites materiales a los actos de reforma constitucional, entendiendo que respecto de los actos legislativos y del referendo se da una noción de poder constituyente derivado, sujeta a límites sustanciales dentro del texto constitucional, que impide que los poderes constituidos rebasen sus competencias.

En el caso venezolano, el constituyente previó tres tipos de procedimientos para el cambio constitucional, garantizando la participación del pueblo en su desarrollo como máxima expresión de la noción de poder constituyente. Los procedimientos señalados por el constituyente venezolano son: la enmienda constitucional, cuando las modificaciones no recaen sobre aspectos centrales o nucleares del texto constitucional y se requiere la participación del pueblo en referéndum aprobatorio; la reforma constitucional, dirigida a la modificación de un elemento esencial de la Constitución, caso en el cual el proyecto de reforma debe ser discutido y aprobado por la Asamblea Nacional, pero también refrendado por el pueblo mediante referéndum aprobatorio; y, finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente, en la que se busca la transformación com-

pleta del sistema político y la entrada en vigencia de una nueva Constitución, siendo el pueblo partícipe tanto de la convocatoria a la Asamblea como de la elección de sus miembros. No obstante, nuevamente el poder constituyente delegará la función de control de este tipo de actos en el juez constitucional, de quien deviene la última palabra frente a las mutaciones de la Constitución.

▶ Tabla 8. Características del cambio constitucional formal en Venezuela

Mecanismo de cambio formal	Iniciativa	Trámite	Objeto del cambio	Restricciones	Participación popular
Enmienda	Iniciativa popular del quince por ciento de los ciudadanos inscritos; Asamblea Nacional por un treinta por ciento de sus integrantes; o Presidente de la República en Consejo de Ministros.	Cuando la iniciativa se dé en la Asamblea Nacional, se requerirá la aprobación por la mayoría de sus integrantes y se someterá al trámite de las leyes. En todo caso, siempre deberá someterse a referendo aprobatorio dentro de los treinta días siguientes a su recepción formal.	Adición o modificación de uno o varios artículos que no modifiquen la estructura fundamental.	Elementos estructurales de la Constitución o del Estado.	Sí, mediante referendo aprobatorio.

Mecanismo de cambio formal	Iniciativa	Trámite	Objeto del cambio	Restricciones	Participación popular
Reforma	Iniciativa popular del quince por ciento de los ciudadanos inscritos; Asamblea Nacional por la mayoría de sus integrantes; o Presidente de la República en Consejo de Ministros.	El proyecto será discutido en el periodo de sesiones en que fue presentado; tendrá una segunda discusión por títulos o capítulos y una tercera por artículos. Deberá ser aprobado en máximo dos años desde que se conoció y aprobó la solicitud de reforma. El proyecto será aprobado por las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. Posteriormente, será sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes. Se aprobará cuando el número de votos a favor sea mayor que los votos en contra. No podrá presentarse un nuevo proyecto en un mismo periodo constitucional.	Sustitución de una o varias normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto.	La estructura y principios fundamentales del texto constitucional.	Sí, al momento de aprobar la reforma mediante referendo.
Asamblea Nacional Constituyente	Iniciativa popular mediante el quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral; Presidente de la República en Consejo de Ministros; o concejos municipales mediante el voto de las dos terceras partes de sus integrantes.	No especifica.	Transformación del Estado y creación de un nuevo orden jurídico.	Ninguna.	Sí.

Fuente: Elaboración propia

En el ordenamiento ecuatoriano se acogen los conceptos de enmienda, reforma y Asamblea Constituyente como mecanismos de gradación orientados a garantizar la rigidez de la Constitución. Por ello, cada mecanismo goza de reglas propias para el cambio constitucional. La enmienda será aquel procedimiento por medio del cual se modifica uno o varios artículos de la Constitución que no afectan un elemento estructural o constitutivo del texto, no implican una restricción de los derechos y garantías fundamentales, ni afectan los procedimientos de reforma. La reforma busca modificar un elemento constitutivo de la Constitución, siempre que no se afecten los derechos y garantías de los ciudadanos ni los procedimientos de reforma. Finalmente, la Asamblea Constituyente evoca la creación de un nuevo orden jurídico (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, 31 de octubre de 2014).

▶ Tabla 9. Características del cambio constitucional formal en Ecuador

Mecanismo de cambio formal	Propuesta de iniciativa	Trámite	Objeto del cambio	Restricciones	Participación popular
Enmienda	Presidente de la República a través de referéndum; iniciativa popular con apoyo mínimo del ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral; o Asamblea Nacional mediante iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de sus miembros.	La iniciativa deberá formularse por un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. Para su aprobación deberá contar con el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto deberá ser tramitado en dos debates, donde el segundo deberá darse dentro de los treinta días siguientes al año de realizado el primero.	Normas que no alteren la estructura fundamental del texto constitucional o los elementos constitutivos del Estado.	Derechos y garantías fundamentales o procedimiento de reforma.	Sí, cuando se tramite por referéndum o iniciativa popular; no, cuando se tramite por la Asamblea Nacional.

Mecanismo de cambio formal	Propuesta de iniciativa	Trámite	Objeto del cambio	Restricciones	Participación popular
Reforma	Presidente de la República; el pueblo con respaldo de al menos el uno por ciento del registro electoral; o Asamblea Nacional.	La iniciativa deberá tramitarse en dos debates. El segundo debate deberá darse en los noventa días siguientes al primero. Deberá ser aprobada por la Asamblea Nacional y, finalmente, sometida a referéndum del pueblo dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.	Elementos estructurales de la Constitución o constitutivos del Estado.	Derechos y garantías fundamentales o procedimiento de reforma.	Sí, al momento de aprobar la reforma.
Asamblea Constituyente	Presidente de la República; iniciativa popular con apoyo del doce por ciento del registro electoral; o las dos terceras partes de la Asamblea Nacional.	Deberá ser aprobada mediante consulta popular, en la que se indique la forma de elección de sus representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución deberá ser aprobada mediante referendo.	Creación de una nueva Constitución.	Ninguna.	Sí, en la aprobación de la Asamblea Constituyente y en el referéndum aprobatorio de la nueva Constitución.

Fuente: Elaboración propia

Finalmente, el ordenamiento boliviano acoge un modelo gradado de reforma constitucional, diferenciando la reforma parcial de la reforma total. Así, el sistema de reforma será muy restringido, por cuanto cualquier cambio de la estructura, de los derechos y garantías constitucionales, así como del procedimiento de reforma, debe ser sometido a Asamblea Constituyente. En todo caso, cualquiera de esos cambios, al ser tramitado mediante Asamblea Constituyente, implicará un nuevo proceso de creación constitucional. En este caso, cualquier tipo de reforma estructural no puede conciliarse con el modelo constitucional señalado previamente por el constituyente.

▶ Tabla 10. Características del cambio constitucional formal en Bolivia

Mecanismo de cambio formal	Iniciativa	Trámite	Objeto del cambio	Restricciones	Participación popular
Reforma total	Iniciativa popular con al menos el veinte por ciento del electorado; Presidente de la República; o Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de la cámara.	Deberá darse a través de una Asamblea Constituyente plenipotenciaria activada mediante referendo. El nuevo texto constitucional será aprobado por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea y mediante referendo aprobatorio.	Creación de una nueva Constitución.	Ninguna.	Sí, en el momento de aprobación de la Asamblea Constituyente y de aprobación del nuevo texto.
Reforma parcial	Iniciativa popular con al menos el veinte por ciento del electorado; o Asamblea Nacional mediante ley de reforma aprobada por dos tercios de los miembros presentes.	Se requerirá referendo aprobatorio.	Elementos que no afecten sus bases fundamentales.	Derechos, deberes y garantías constitucionales o mecanismos de reforma.	Sí, al momento de aprobar la reforma.

Fuente: Elaboración propia

De la anterior síntesis puede extraerse que el sistema colombiano será mayormente representativo, integrando otros órganos de representación popular, como concejales y diputados. En el caso del referendo, la decisión sobre el llamado al pronunciamiento del pueblo queda, en cualquier caso, en manos de los poderes constituidos. Cuando en la decisión final interviene el pueblo de forma directa, se acrecientan los trámites a cargo de los poderes constituidos, lo que implica la obstaculización del ejercicio de cambio por parte del poder constituyente primigenio. Un ejemplo de ello se evidencia en la imposibilidad de que el pueblo pueda proponer directamente el mecanismo de Asamblea Nacional Constituyente como medio de máxima expresión popular.

Por otra parte, en los modelos venezolano, ecuatoriano y boliviano, el referendo es un mecanismo de participación ciudadana para el cambio constitucio-

nal, mientras que en Colombia se trata de un mecanismo de cambio constitucional en sí mismo, dada la ausencia de gradaciones entre uno y otro mecanismo.

En el caso ecuatoriano se refleja la idea de reforzar la participación ciudadana, aunque el trámite queda supeditado a los poderes constituidos, como ocurre con el procedimiento de enmienda, que exige un mayor respaldo del registro electoral, a diferencia de lo señalado para la reforma, en la cual debe existir decisión aprobatoria final por parte del pueblo. Del mismo modo, en los mecanismos de cambio en los que interfiere en mayor medida el pueblo, el trámite por parte de los poderes constituidos resulta más flexible.

Dado el modelo de control fuerte de constitucionalidad acogido por el NCL, los mecanismos de cambio constitucional estarán sujetos al control jurisdiccional por parte del juez constitucional. En el siguiente esquema se denotan las características del control de constitucionalidad sobre los mecanismos de cambio constitucional según el tenor literal de la Constitución:

▶ Tabla 11. Control de constitucionalidad sobre los mecanismos de cambio formal de la Constitución

Ordenamiento jurídico	Tipos de control de constitucionalidad	Tipo de cambio
Colombiano	Control por vicios de procedimiento	Referendo; Asamblea Nacional Constituyente; acto legislativo.
Venezolano	Control por vicios de procedimiento	Enmienda; reforma.
Venezolano	No sujeto a control	Asamblea Nacional Constituyente.
Ecuatoriano	Control por vicios de procedimiento	Enmienda; reforma; Asamblea Nacional Constituyente.
Boliviano	Control por vicios de procedimiento	Reforma parcial.
Boliviano	No sujeto a control	Reforma total.

Fuente: Elaboración propia

Revisadas las facultades de revisión constitucional del mecanismo de cambio constitucional, se denota la posibilidad de que los cambios constitucionales formales sean contradictorios al mismo texto constitucional, a través de una interpretación que mute los significados originarios de la Constitución, como se ha venido planteando. De esta forma, las mutaciones de la Constitución serán modificaciones a los sentidos de la norma constitucional por vía jurisprudencial, pudiendo incluso avalar un cambio formal inconstitucional.

Un problema mayor surge cuando el juez constitucional avala la continuidad de una norma jurídica que adolece de inconstitucionalidad, generando una contradicción con las demás normas del sistema jurídico. Ahora bien, el cambio constitucional formal, como norma constitucional, profundizará aún más las contradicciones con elementos estructurales o esenciales de la carta cuando dicha norma sea contradictoria con el texto originario (Guerra, 2020, p. 55). Así las cosas:

> (…) el mecanismo utilizado para la reforma sobrepasa los límites, es decir, cuando el mecanismo utilizado es el incorrecto, pero a través de este se reforma la Constitución, ya sobre algo que ese mecanismo no lo permitía, pues correspondía ello a otro diferente o simplemente cuando no lo permitía esa reforma por algún mecanismo. (…) el problema y la patología presenta al momento de calificación del mecanismo que procede por parte de la Corte Constitucional; vuelve a pasar a manos del órgano constitucional, y precisamente, por ello, la sustitución siempre va estar precedida de una mutación, de una u otra manera va a ser un efecto de la mutación que podría darse, sin embargo si a toda sustitución le precede una mutación, (…). (Guerra, 2020, p. 108)

Fue claro el mandato constitucional referente al órgano constitucional como órgano de control de los cambios constitucionales. De allí que las facultades de control se contrapongan a los ejercicios de creación normativa en cabeza de otros órganos. Respecto de la ideología de la interpretación, conforme a lo revisado, la doctrina de las mutaciones constitucionales evoca la teoría objetiva de la interpretación, con atenuaciones según el caso. De esta forma, los modelos acogidos por cada ordenamiento jurídico posibilitarán, en mayor o menor medida, la aparición de mutaciones.

En las constituciones de Colombia y Venezuela, ante la ausencia de límites y métodos para la interpretación de la Constitución, pareciera que la ideología del constituyente fue establecer una teoría objetiva de la interpretación, posibilitando en mayor medida la aparición de mutaciones con el fin de adaptar la norma a la realidad social.

Ahora bien, en ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano y el boliviano, donde el constituyente adoptaría una ideología de la interpretación de naturaleza subjetiva, las mutaciones deberán ser mínimas, dada la necesidad de que el intérprete acuda a la voluntad originaria del poder constituyente, evitando cualquier ejercicio adaptativo de la realidad por parte de los poderes constituidos.

Finalmente, las mutaciones constitucionales por interpretación constitucional se producen cuando el operador jurídico aplica un método hermenéutico de forma cambiante y lo adecua a las realidades sociales, sin tener en cuenta el

tenor literal de la norma o el sentido inicialmente otorgado por el constituyente. (Sánchez, 2017, p. 128).

De todos modos, la mutación constitucional puede ser vista desde una triple arista: «la incompletud y elasticidad de las normas constitucionales; las peculiaridades del Estado como objeto de regulación jurídica y la falta de una instancia superior que garantice su existencia» (Sánchez, 2000, p. 133). Por ello, en cualquier ordenamiento jurídico existen cambios formales de la Constitución que son parte de las realidades mismas de las sociedades, permitiendo la modificación de la Constitución por vías democráticas sin exceder las competencias dadas por el constituyente. Mientras tanto, también existirán mutaciones formales e informales como procesos que distorsionan el texto constitucional.

De esta forma, como ya se vio, la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales en el NCL tendrá diversas aristas, dada la variedad de mecanismos de elección de sus miembros. Tendrá menor legitimidad democrática en sistemas como el colombiano y venezolano, donde existe una participación popular nugatoria; un nivel intermedio en el caso ecuatoriano, pues, aunque la elección se realiza por parte de una comisión accidental, el pueblo puede intervenir en el procedimiento; y un mayor nivel en el caso boliviano, donde la elección directa de sus miembros impregna de mayor legitimidad democrática al órgano. Sin embargo, debe recordarse el amplio espectro político que conlleva la elección de los miembros de los tribunales constitucionales en el NCL, erigiéndose como un factor de desconfianza frente a sus decisiones. Lo anterior se enlaza con la concepción bajo la cual fueron creados los tribunales constitucionales: al tratarse de órganos de control que carecen originariamente de legitimidad democrática, dicha carencia se ve más acentuada ante la ausencia de controles por parte de otros poderes, entre ellos, el pueblo (Masapanta, 2020, p. 116).

En todo caso, se considera que las constituciones del NCL reivindican el concepto de poder constituyente como poder soberano que somete al poder constituido, línea argumental principal de este texto. Así, las constituciones del NCL adoptan mayoritariamente formas rígidas y agravadas para la modificación de los contenidos constitucionales, con el fin de preservar la voluntad del pueblo plasmada en el texto. Asimismo, consideran necesario contar con la aquiescencia del pueblo para sus modificaciones, de modo que la voluntad popular quede plasmada en el nuevo texto. Por ello, se hablará de mutaciones constitucionales en el NCL cuando los significados de los enunciados normativos constitucionales sean modificados por los poderes constituidos sin la aquiescencia del pueblo, siendo la voluntad popular el único medio de legitimidad de los cambios a la Constitución. Esto conlleva que cualquier cambio informal termine siendo una mutación de la Constitución.

2.9.- Reelección presidencial en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: un ejemplo de mutación de la Constitución

Como ya se vio, las mutaciones constitucionales son un fenómeno ilegítimo de cambio constitucional que rompe con el principio democrático y con la soberanía popular, en tanto desconoce las vías democráticas para modificar la Constitución y, a su vez, las competencias atribuidas por el poder constituyente para el cambio constitucional.

En el caso del NCL, sin lugar a dudas, el modelo de control fuerte de constitucionalidad, ligado a una cultura neoconstitucionalista de la estructura jurídica basada en principios jurídicos, la jurisprudencia como fuente de derecho, la ponderación y la ausencia de límites interpretativos, ha convertido las mutaciones constitucionales en una constante dentro de estos sistemas. Con ello se ignora su calidad de patologías propias de un Estado democrático y, por el contrario, se las convierte en un valor del sistema.

Como caso de estudio se tomará la reelección presidencial en los distintos ordenamientos jurídicos pertenecientes al NCL, dada la complejidad del cambio y de las mutaciones del sistema orientadas a avalar la continuidad de los gobiernos de turno. En cualquier caso, es una constante en el NCL que los poderes públicos hayan buscado, tanto por las vías procedimentales de cambio formal propuestas por el constituyente como mediante mecanismos de cambio informal, sacar adelante sus proyectos reeleccionistas.

En modelos fuertes de control de constitucionalidad como los del NCL, los cambios constitucionales, aun formales, pero ilegítimos dentro del sistema, vendrán precedidos por un ejercicio hermenéutico que desemboca en una mutación constitucional para avalar la reforma. Incluso, la temática relativa a la reelección presidencial ha desconocido la voluntad popular que buscaba restringir la continuidad en el poder del gobierno, utilizando una mutación pura de la Constitución a través del control de constitucionalidad ejercido por el juez constitucional para desconocer la decisión del pueblo.

En síntesis, de los cuatro ejemplos puede indicarse lo siguiente: en primer lugar, el caso colombiano presenta una mutación del principio de pesos y contrapesos al avalar la reelección presidencial inmediata, yerro que la Corte Constitucional corregiría de manera parcial años después; en el caso venezolano, la SCTSJV no acogería los argumentos expuestos en dos demandas de inconstitucionalidad que buscaban frenar el movimiento reeleccionista de Chávez Frías, produciéndose una mutación del articulado del constituyente de 1999 referente al principio de alternancia; en el caso ecuatoriano, la CCE determinaría que, vía interpretación constitucional, el poder legislativo tenía competencia para modificar el sistema de reelección presidencial impuesto por

el constituyente de 2008, obviando la necesidad de que el pueblo avalara el cambio constitucional; mientras que, en el caso boliviano, en primer término se avalaría la constitucionalidad de una norma infraconstitucional que mutaría el sentido previsto por el constituyente; en segundo lugar, se avalaría el llamado a referéndum para una reelección presidencial indefinida; y, en tercer término, ante la negativa del pueblo a un sistema reeleccionista de corte indefinido, vía interpretación constitucional se ratificaría la posibilidad de la reelección presidencial indefinida (Grijalva & Castro, 2020, p. 42).

2.9.1.- El sistema presidencial y la reelección presidencial en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

El sistema presidencialista, como ha mencionado la dogmática, presenta una fuerte acumulación de poder que resulta directamente proporcional al desconocimiento y vulneración de los derechos constitucionales. No obstante, el poder constituyente ha impuesto limitaciones al ejercicio del poder presidencial, estableciendo límites al periodo del mandato y controles frente a su ejercicio. (Treminio, 2013, p. 61).

Así las cosas, la idea del continuismo presidencial siempre ha representado un peligro para el sistema político, dado que los altos mandatarios, con el fin de perseguir la continuidad en su cargo, emprenden una serie de cambios constitucionales que alteran y subvierten el mandato popular. La idea de continuismo resulta contradictoria con el principio de alternancia, propio de cualquier sistema democrático que promueva la participación de los electores y la distribución del poder. (Treminio, 2013, p. 62).

Los cambios constitucionales planteados en los sistemas del NCL para dar continuidad a los mandatos presidencialistas de corte populista han significado «la supresión del principio de alternancia democrática y el debilitamiento de la competencia electoral» (Grijalva & Castro, 2020, p. 10). No puede olvidarse que la reelección presidencial distorsiona el escenario democrático y el gobierno presidencial, con efectos más tenues en escenarios de reelección limitada, pero más profundos en sistemas reeleccionistas ilimitados.

Entre las dificultades que representa el presidencialismo se denota, en sistemas reeleccionistas, la ausencia de independencia judicial y la flexibilización de los mecanismos de cambio constitucional para eliminar los límites a la posibilidad de reelección presidencial. Con todo, se ha señalado que la reelección presidencial puede fungir como una medida para incentivar al poder ejecutivo a desarrollar un buen gobierno, así como para evitar el incremento de conflictos y la desestabilización del orden institucional (Grijalva & Castro, 2020, p. 12).

Sin embargo, también se indica que los límites a la reelección presidencial conllevan el condicionamiento de las decisiones democráticas del pueblo como

poder soberano, ocasionando la posible vulneración de los derechos políticos y del principio de igualdad de los ciudadanos. Ahora bien, conviene preguntarse: ¿por qué debe haber límites a la reelección? No puede olvidarse que, históricamente, los poderes ejecutivos ilimitados han sido focos constantes de vulneraciones a los derechos humanos y de desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente. Los sistemas sin restricciones a la reelección presidencial conllevan el quiebre del propio sistema político, al olvidar el carácter alternativo, democrático y republicano del gobierno. (Serrafero, 2011, p. 226).

Vega (2021, p. 865) expone tanto una dimensión positiva como una dimensión restrictiva de la reelección presidencial indefinida. En primer lugar, desde una dimensión positiva, la reelección presidencial permite la defensa popular de la buena gestión del presidente de turno, constituyéndose en una decisión del pueblo dar continuidad a la gestión y al proyecto político del mandatario, así como amplificar los derechos de participación de los ciudadanos. Mientras tanto, desde un enfoque restrictivo, la reelección presidencial debe tener límites para garantizar la alternancia política y evitar gobiernos autoritarios que puedan desconocer derechos constitucionales. Del mismo modo, se promueve la candidatura de nuevos liderazgos y cambios constantes en la sociedad, tendientes a dinamizarla, preservando el principio democrático y la separación de poderes.

Del mismo modo, Rivera (2011, pp. 13-14) señala como argumentos a favor de la reelección presidencial: (1) la necesidad de extender los periodos presidenciales con el fin de lograr estabilidad y responder a sus electores; y (2) la falta de incentivos a la buena gestión pública cuando no existe posibilidad de continuidad. Mientras tanto, como elementos negativos se tendrá la vulneración del principio republicano de alternabilidad en el poder, sustentado en dos argumentos centrales: (1) la imposibilidad de que se produzca un cambio en la dirección del Estado a partir de nuevas políticas, generando un tránsito hacia un régimen autocrático; y (2) la existencia de ventajas para el candidato que es presidente, dado que cuenta con los recursos del Estado para el desarrollo de su campaña, desembocando en la vulneración del principio de igualdad.

No obstante, en América Latina los límites a la reelección presidencial han sido constantes históricamente, debido a la continuidad de sistemas presidencialistas que concentran el poder en la rama ejecutiva, provocan el debilitamiento del principio democrático y de la separación de poderes, y comparten como denominador común la continuidad de proyectos políticos de naturaleza autocrática. (Rivera, 2011, pp. 13-14).

En cuanto a los mecanismos de cambio constitucional para perpetuar el mandato del presidente, las reformas han sido cuestionadas tanto procedimental como sustancialmente, al desconocer el procedimiento y los límites propios del

poder de reforma, así como por alterar el sistema político (Treminio, 2015, p. 63). Sin embargo, estos mecanismos de cambio constitucional han producido una suerte de legitimidad frente a la destrucción o desmembramiento de la Constitución, lo cual sería aún más problemático si se piensa este texto como una norma creada por el constituyente que somete a los demás poderes públicos y que, por tanto, no puede ser modificada por ellos.

Serrafero (2011, pp. 239-241) ha explicado las distintas variantes que presenta la reelección presidencial en América Latina, teniendo como tipología: (1) la reelección sin límites o indefinida; (2) la reelección inmediata por una sola vez; (3) la reelección inmediata por una sola vez y cerrada; (4) la reelección no inmediata, abierta o cerrada; y (5) la prohibición de reelección.

Grijalva y Castro (2020) señalan que esta tipología de la reelección presidencial representa una continuidad de la limitación temporal que restringe la reelección sin límites. Frente a la reelección presidencial indefinida indican:

> Lo cierto es que la antípoda de la no reelección vendría a ser la reelección indefinida. A diferencia de los otros tipos de reelección, la reelección indefinida elimina todo tipo de restricción temporal al ejercicio del poder presidencial. Las restricciones a la reelección, de hecho, configuran el llamado principio de alternancia, que consiste esencialmente en limitar la posibilidad de que una misma persona postule indefinidamente al mismo cargo de elección popular. En otras palabras, la reelección indefinida podría anular el principio de alternancia, permitiendo postulaciones a voluntad de la misma persona a la presidencia, sin restricción temporal alguna. (p. 17)

La reelección presidencial tiene un efecto contrario al principio democrático y a la separación de poderes, en tanto se presenta una relación dañina entre el poder ejecutivo y el legislativo debido a las relaciones burocráticas que estos sostienen, generándose una fuerte concentración de poderes en el ejecutivo. El sistema de reelección presidencial conlleva una pérdida de autonomía de los órganos de control debido a sus mecanismos de elección, los cuales desequilibran la ingeniería constitucional propuesta por el constituyente. (Dávila, 2021, pp. 137 y ss.).

En el NCL se presenta mayoritariamente una idea reeleccionista, dado que muchas de las constituciones fueron promovidas por un fuerte liderazgo de los presidentes de turno, lo cual posibilitó, vía constitucional, la continuidad limitada del mandato presidencial. No obstante, se presentarían actos jurídicos tendientes a dar continuidad al periodo del mandato presidencial, desconociendo el texto constitucional de manera flagrante y alterando las reglas inicialmente previstas por el constituyente.

En todo caso, los procesos de cambio constitucional orientados a habilitar la reelección presidencial han venido siempre de la mano de interpretaciones constitucionales que permiten la modificación del texto supremo. Vale poner de presente que las modificaciones o cambios constitucionales dirigidos a limitar los poderes del presidente han sido ínfimos, en tanto, de forma mayoritaria, han estado orientados a aumentar el espectro de poder de la autoridad presidencial. (Manzo, 2020, p. 237).

Revisada la literatura en la materia, han sido cuatro las vías para modificar el sentido de la Constitución con el fin de prever reelecciones presidenciales indefinidas: (1) la vía legislativa, como reforma parcial a la Constitución o como una nueva Constitución; (2) la vía jurisdiccional, como interpretación constitucional que avala la reelección presidencial; (3) la ruptura del texto constitucional mediante un proceso constituyente; y (4) la ruptura de la Constitución vía referéndum (Treminio, 2013, p. 74). Lo anterior se ve reforzado por las facultades legislativas en cabeza del presidente de la República, que han permeado los demás poderes.

2.9.2.- La reelección presidencial en Colombia como mutación avalada por la Corte Constitucional: la alteración del principio de alternancia y el desequilibrio de los pesos y contrapesos

En relación con la idea de poder constituyente y reforma constitucional se desarrollan primordialmente dos tesis. La primera niega la naturaleza constituyente de la reforma, dado que el cambio constitucional se encuentra limitado por los procedimientos señalados por el pueblo en el texto constituyente. La segunda, en cambio, está dirigida a declarar la existencia de un poder constituyente derivado, fundamentado en la delegación del pueblo a los órganos políticos para que desempeñen funciones de actualización de la carta política mediante diferentes vías.

En el caso colombiano, el constituyente desarrolló tres mecanismos de cambio constitucional: el acto legislativo, como obra del poder constituido; el referendo; y la Asamblea Nacional Constituyente, estos dos últimos como mecanismos de carácter popular.

En cuanto a los actos legislativos, es claro que el artículo 375 de la Constitución establece límites y requisitos para el trámite del proyecto, haciendo necesario un mínimo de consenso entre los legitimados para iniciar su trámite y fijando tiempos específicos para su desarrollo. Empero, más allá de los límites procedimentales propiamente dichos, la Constitución establece una serie de límites materiales que impiden que determinado articulado sea modificado por uno u otro medio. Al respecto, el artículo 377 establece la necesidad de que las reformas referidas a los derechos consagrados en el capítulo I del título II sean sometidas a referendo, convirtiéndose la voluntad popular en un requisito para

la modificación del texto. Asimismo, nótese que, pese a que no se nombra la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de cambio cuando se trata de esta clase de derechos, la naturaleza misma de este medio no obstaculiza su modificación, dado que se trata de un mecanismo orientado a la implantación de un nuevo orden jurídico.

Sobre los límites al poder constituyente, Schmitt (1996, pp. 93 y ss.) ha sostenido la existencia de dos tipos: (1) formales; y (2) materiales. Respecto de los límites formales, se indica que estos obedecen a las reglas básicas que regulan el procedimiento de cambio constitucional. A su vez, se hablará de límites materiales cuando se abordan elementos ontológicos como: (1) límites fácticos; (2) límites ideológicos, como aquellos que consultan las condiciones filosóficas del poder constituyente; y (3) límites axiológicos, como aquellos tendientes a que se respeten los principios y valores propios de cada sistema.

La CCC, al abordar el cambio y la reforma constitucional, ha señalado la existencia de límites implícitos al poder de reforma, estableciendo la necesidad de que la capacidad de cambio constitucional no modifique, altere, subvierta o sustituya aspectos sustanciales de la Constitución. En todo caso, debe recordarse que el control fuerte de constitucionalidad escogido por el constituyente dispuso que la CCC tuviese la posibilidad de estudiar los actos reformatorios de la Constitución por vicios de procedimiento. No obstante, en la realidad jurídica, la teoría de los controles a los actos reformatorios de la Constitución se ha expandido hacia una especie de control material por vicios de competencia, teniendo como principal tesis la imposibilidad del poder constituyente derivado de sustituir la Constitución. Esta teoría desencadenaría el test o juicio de sustitución constitucional. (Quinche, 2012, pp. 79 y ss.).

La CCC desarrollaría por primera vez esta doctrina en la Sentencia C-551 de 2003, estableciendo límites al poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos a partir de la teoría de Schmitt. No obstante, desde el punto de vista formal, vendría a desarrollar esta tesis hasta la Sentencia C-970 de 2004, estructurando el juicio de sustitución constitucional bajo dos presupuestos: la necesidad de que el estudio del acto reformatorio inicie a petición de parte, pues de ninguna manera el alto tribunal podrá conocerlo de forma oficiosa; y la existencia de un año como término de caducidad de la acción de constitucionalidad contra el acto reformatorio que presuntamente vulnera un aspecto esencial de la Constitución.

En todo caso, el control de constitucionalidad a los actos reformatorios de la Constitución se encuentra ligado a la defensa del texto constitucional desde el principio democrático y la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan. Esta idea retoma al pueblo como verdadero poder soberano,

con la posibilidad de proteger su creación frente a los peligros generados por los poderes constituidos. Para la CCC, la sustitución de la Constitución evoca un límite al poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos, buscando sustraer la competencia de alterar o subvertir aquellos elementos de vital importancia para el constituyente. De este modo, se trasciende la formalidad señalada en el artículo 241 de la CPC y se establecen no solo límites procedimentales al ejercicio de cambio constitucional, sino verdaderos controles materiales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-970 de 2004).

Desde la metodología de estudio del control de constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución, el juicio se encuentra compuesto por un silogismo jurídico que puede explicarse mediante una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión derivada del contraste entre los dos primeros elementos. Respecto de la premisa mayor, deberán analizarse aquellos elementos esenciales, definitorios o nucleares de la Constitución, tratándose de elementos que hacen parte de la identidad misma del texto supremo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-970 de 2004).

Lo anterior constituye una diferencia mayúscula con el control de constitucionalidad ejercido sobre normas infraconstitucionales, dado que frente a estas se toma como referente un simple artículo de la Constitución, mientras que en la sustitución deberá analizarse un elemento esencial. Asimismo, la acción de constitucionalidad contra actos reformatorios de la Constitución se diferencia del control ordinario de las leyes en dos aspectos: (1) el accionante debe identificar con suma claridad el núcleo o elemento esencial vulnerado; y (2) debe describir el análisis hermenéutico que lo lleva a señalar dicho núcleo esencial, dado que este no se encuentra necesariamente en un artículo específico de la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040 de 2005).

Celemín (2020, p. 22) identifica que el núcleo o elemento esencial de la Constitución resulta ser móvil, en tanto no se trata de una cláusula de intangibilidad o pétrea, sino de una construcción interpretativa del juez constitucional. Por ello, debe analizarse el caso concreto y la estructura de la demanda de inconstitucionalidad. En la misma forma, la CCC, en Sentencia C-141 de 2010, recuerda que el núcleo o elemento esencial de la Constitución que se pretende proteger y garantizar depende de la labor interpretativa de los ciudadanos, dada su iniciativa de conocimiento de la constitucionalidad del medio normativo.

Así las cosas, el juez constitucional entiende que, en ocasiones, los cambios constitucionales por parte del poder legislativo pueden quebrantar la Constitución bajo el manto de apariencia propio de un procedimiento constitucional, pero materialmente desconocen la voluntad popular o generan decisiones para un grupo específico de ciudadanos (Corte Constitucional de Colombia, Sen-

tencia C-249 de 2012). Guzmán, Lucio y Fajardo (2015) señalan la diferencia entre destrucción, sustitución, quebrantamiento y supresión:

> Corte considera que la destrucción de la Constitución, es un fenómeno distinto al de reforma y al del concepto de sustitución ya que la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el Constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida emanada del Constituyente originario que la estableció, aun cuando lo usurpa.
>
> La noción de supresión de la Constitución, la Corte advierte que la supresión puede ser considerada una sustitución total cuando se hace por medio del poder constituyente derivado de reforma. Sin embargo, las dos nociones se diferencian pues la sustitución puede ser parcial mientras que la supresión es total. (p. 119)

Ahora bien, se habla de quebrantamiento constitucional cuando se produce una excepción en la aplicación de una norma constitucional. Entretanto, se hablará de suspensión cuando la norma constitucional pierda eficacia temporal (Guzmán et al., 2015, p. 119). La teoría de la sustitución de la Constitución conlleva, en primer término, generar una diferenciación material y ontológica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado; en segundo término, reconocer la inexistencia de cláusulas pétreas, pero también límites a la capacidad de reforma de los poderes constituidos; y, finalmente, habilitar el estudio realizado por parte del juez sobre la constitucionalidad de la reforma. (Quinche, 2013, pp. 77 y ss.).

A pesar de la posición jurisprudencial asumida por la CCC, es posible indicar que esta teoría sufre fuertes críticas desde la objeción democrática al control de constitucionalidad, dado que el método para hallar el núcleo esencial de la Constitución resulta gaseoso, vago, indeterminado y de naturaleza subjetiva. El carácter aristocrático de los altos jueces constitucionales, dada su forma de elección, puede impedir que sus decisiones sean plenamente independientes y autónomas. Así, se ha intentado reseñar como límites o núcleos esenciales del poder de reforma el catálogo de derechos fundamentales, el Estado de derecho, el principio democrático y la separación de poderes. (Bernal Pulido, 2018, p. 295).

A la dificultad para descifrar el núcleo esencial de la Constitución se suma la adopción de visiones sociológicas del derecho, según las cuales dentro de la justificación de la decisión no solo debe tenerse en cuenta el factor normativo, sino también factores sociales y políticos (Cajas, 2007, pp. 19-40). Por último, Bernal Pulido (2018), con el fin de zanjar las diferencias en torno al juicio de sustitución, propone una serie de estándares según la participación del pueblo en el procedimiento:

> Dentro de este margen, la Corte debe utilizar un estándar para decidir. Este estándar constituye una respuesta plausible para la objeción democrática a la doctrina de la sustitución de la Constitución antes explicada. Según este estándar, cuanto menos una reforma constitucional sea el resultado de un procedimiento que observe las reglas de la democracia deliberativa, más intenso deberá ser el control de constitucionalidad. Lo contrario también es válido: cuanto más una reforma constitucional será el resultado de un procedimiento que observe las reglas de la democracia deliberativa, menos intensivo deberá ser el control de constitucionalidad.[…]. En los casos de penumbra, cuanto más el pueblo mismo intervenga en un discurso orientado por la corrección y la equidad, y decida modificar la Constitucional, más deferencia a las decisiones del poder constituyente deberá mostrar la Corte Constitucional en la aplicación de la doctrina de sustitución de la Constitución. Como correlato, cuanto menos una reforma constitucional sea el resultado de un discurso democrático más estructura deberá ser la Corte Constitucional en la protección de la democracia deliberativa en nombre y en virtud de la representación argumentativa del pueblo que ella ostenta. (Bernal Pulido, 2018, pp. 269-297)

Es menester recordar que, cuando se habla de poder constituyente, se está hablando de un poder ilimitado y no sometido a ningún control, constituyéndose en un poder político preexistente al orden jurídico.

En el caso colombiano, el constituyente de 1991 declaró la prohibición de reelección presidencial. Empero, para el periodo 2002-2006, Álvaro Uribe Vélez impulsó la aprobación de una reforma constitucional en el Congreso de la República para establecer la reelección presidencial inmediata. Para el año 2009, ante el límite impuesto en la anterior reforma, Uribe, con amplia popularidad, promovería vía referendo la posibilidad de una segunda reelección presidencial, frente a lo cual la Corte Constitucional declararía su inconstitucionalidad tanto por vicios de procedimiento como por sustituir de manera flagrante la Constitución. (Treminio, 2013, p. 70).

La institución de la reelección presidencial, como uno de los temas más controvertidos en la jurisprudencia de la CCC, se dio a raíz de una acción pública de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de 2004, que representaba una alteración del sistema democrático y de la garantía de los derechos fundamentales. Así las cosas, la reelección presidencial podría suponer una afectación directa del principio democrático y de separación de poderes, así como del principio de igualdad en el contexto de una democracia constitucional, teniendo como principales efectos: (1) la obstaculización de la alternancia en el poder y una excesiva concentración de este; (2) el reforzamiento del sistema presidencial, que de por sí ya ostenta amplias competencias; y (3) el cambio de las reglas del juego electoral (Rosero, 2015, pp. 52 y ss.).

De esta forma, mediante el Acto Legislativo 02 de 2004 se produjo una ruptura histórica en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de la prohibición de la reelección presidencial. Así las cosas, el acto legislativo sería demandado en razón de que el acto reformatorio de la Constitución desconocía el sistema de gobierno y el régimen político predispuesto por el constituyente de 1991. Por ello, para el demandante, la reforma planteada por el Congreso de la República era de estricta competencia del pueblo.

La CCC, al realizar el estudio de constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2004, tuvo como ejes de análisis el principio democrático y de separación de poderes, el principio de alternancia y la igualdad en materia electoral. En su decisión, señaló que la figura de la reelección presidencial no vulneraba ninguno de los elementos esenciales ya señalados, dado que se trataba de un sistema de reelección limitado. Así, el derecho de participación de la ciudadanía respecto del gobierno reflejaría una garantía del mismo derecho, en tanto permitiría darle continuidad al proyecto político gubernamental.

A partir del razonamiento de la CCC, es derecho de la ciudadanía expresarse sobre la gestión del gobierno de turno, con el fin de dar continuidad a sus políticas mediante el sistema de reelección. El alto tribunal constitucional enuncia que los principios de participación y pluralismo político conllevan la posibilidad de que la ciudadanía se exprese sobre el proyecto político desempeñado por el funcionario candidato. Por ello, no podría señalarse que la reelección presidencial limitada sustituyera un elemento esencial de la Constitución de 1991:

> En dirección contraria a la presentada por la demandante, cabría señalar que el Acto Legislativo 2 de 2004 no solamente no conduce, desde el punto de vista del diseño institucional, a una supresión de los elementos democráticos de la Constitución de 1991, sino que, desde una perspectiva diferente, que puede plantearse legítimamente en el contexto de una democracia pluralista, podría sostenerse que los reafirma, en la medida en que permite que el electorado se pronuncie de manera efectiva sobre la gestión de sus gobernantes, posibilidad que estaba excluida en el diseño previo a la reforma. Se trata de visiones contrapuestas, una que hace énfasis en las oportunidades que deben brindarse a los sectores diversos de la sociedad que no se encuentren en el gobierno para constituirse en alternativas efectivas de poder, y otra que privilegia las bondades de la continuidad en el gobierno de un proyecto político que ha sido encontrado exitoso por el electorado en un libre juego democrático. No obstante, las diferencias que sobre el diseño institucional, los mecanismos de participación y las condiciones de equilibrio plantean las dos visiones, no puede señalarse que una de ellas conlleve una sustitución del Estado social, democrático y pluralista de derecho.

> En conclusión, el Acto Legislativo No. 02 de 2004 no comporta una sustitución del régimen político democrático consagrado en la Constitución de 1991. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040 de 2005)

La decisión de la CCC validaría la reforma constitucional planteada por el Congreso de la República:

> En síntesis, entonces, la supresión de la prohibición conforme a la cual no podía ser elegido presidente quien a cualquier título hubiese ocupado la presidencia, es, desde la perspectiva que se ha venido analizando, una materia que se desenvuelve en la órbita del poder de reforma constitucional, sin que, por lo mismo pueda señalarse que en el acto legislativo acusado el Congreso de la República, actuando como reformador de la Constitución, haya incurrido en un vicio de competencia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040 de 2005)

No deja de percibirse que la reelección presidencial afecta de forma directa el principio democrático y de separación de poderes, al perderse la autonomía de los poderes públicos ante las constantes interferencias del poder ejecutivo, generándose un desequilibrio en el sistema de pesos y contrapesos. Ello trae consigo una suerte de autocracia en la que el presidente de la República no tiene mayores controles (Oliver, 2021). No obstante, dentro del salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería se expone una tesis tendiente a reconocer la destrucción del texto constitucional, dado que la alteración que representa la reelección presidencial dentro del sistema político es de tal magnitud que solo el pueblo puede reformar la prohibición de reelección presidencial.

La decisión de la CCC se da desde un punto de vista cuantitativo, mas no cualitativo, dado que señala que la reelección presidencial por sí misma no desconoce la Constitución, sino que se trata de verificar los puntos de equilibrio de los poderes públicos para garantizar el principio democrático y de separación de poderes. Por ello, según la Corte, el equilibrio institucional no resulta subvertido y se da continuidad a una democracia pluralista.

No obstante, la CCC, al revisar el principio de alternancia, lo confunde con el principio de electividad, dado que, para el alto tribunal, la reelección presidencial no crea un nuevo contexto institucional, en tanto se garantiza la continuidad de elecciones periódicas y democráticas.

Ante la decisión judicial reeleccionista, se ha planteado que elementos extrínsecos a la providencia habrían tenido un factor decisivo. Nótese cómo la baja calidad de los juristas ternados por el presidente de la República le fue favorable para avalar la reelección presidencial, destacándose que, al ser ternados, no tendrían mayores logros académicos y profesionales.

En el primer ejercicio hermenéutico que estudiaría la figura de la reelección presidencial inmediata, la Corte Constitucional señalaría la necesidad de que

la Constitución se adaptara a las nuevas realidades sociales (Manzo, 2020, p. 232). No obstante, como crítica, el Acto Legislativo 02 de 2004 resulta contrario a la Constitución al subvertir el principio democrático y su cuidadoso balance institucional, evitando la concentración de poder en una sola rama del poder público y previendo un sistema de controles entre las diversas autoridades públicas. Por ello, la reelección presidencial altera el andamiaje constitucional e impide los controles entre las diversas autoridades públicas, dadas las especiales facultades nominadoras en cabeza del presidente. (Olmos, 2006, p. 121).

La CCC ha aplicado la teoría de la sustitución de la Constitución como mecanismo para verificar si el Congreso de la República, al adelantar un acto legislativo, ha usurpado sus competencias como poder constituyente derivado y se ha convertido en verdadero poder constituyente. Esta teoría genera, sin lugar a dudas, límites a los poderes de reforma en cabeza de los poderes constituidos, impidiendo que estos desconozcan la voluntad popular (Colón-Ríos, 2018). Para Olmos, no cabe duda de que la adopción de diversos mecanismos de reforma constitucional implica una rigidez de la Constitución que conlleva la protección de la voluntad constituyente frente a determinados cambios históricos, políticos y sociales. Por ello, la reforma a la Constitución implica un procedimiento diferente al de la simple legislación, dada la especial protección de dicho texto (Olmos, 2006, p. 119).

Recuérdese que, en el caso colombiano, pese a no existir cláusulas pétreas, la noción propia de poder constituyente genera límites materiales al poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos, que impiden que la Constitución sea subvertida, derogada o sustituida en su integridad. (Olmos, 2006, p. 111).

Una vez avalada la reforma constitucional para implantar la reelección presidencial limitada en el segundo periodo de Álvaro Uribe Vélez, y debido a la fuerte aceptación y popularidad del entonces presidente, se buscó jurídicamente instaurar un tercer periodo presidencial, esto es, constituir un modelo de reelección presidencial indefinida. Mediante la Ley 1354 de 2009, el Congreso de la República buscaba convocar a referendo para permitir una segunda reelección presidencial. Empero, la CCC declararía la inexequibilidad del referido llamado a consulta de la voluntad popular, dado que se trataría de una sustitución de la Constitución por parte de los poderes constituidos, al alterar el balance institucional entre las diferentes ramas del poder público.

La CCC destaca que la limitación temporal de la reelección presidencial implica un medio de control del poder constituyente frente a los poderes constituidos. Así, en los regímenes presidenciales, la flexibilización de los controles a los poderes públicos genera un desborde a favor del poder ejecutivo:

> (…) en cuanto a la fijación del período constitucional que corresponde al Presidente comporta, de por sí, una limitación de sus expectativas y del ejercicio efectivo de su poder, ya que, la introducción del período presidencial en el esquema institucional constituye un mecanismo de control, por cuanto la demarcación temporal de su mandato le impone al jefe del Estado la obligación de atenerse al tiempo previamente señalado y de propiciar la sucesión de conformidad con las reglas establecidas, para evitar la prolongada concentración del poder en su propia persona y procurar que, conforme a los dictados constitucionales, las instituciones se acomoden a las nuevas realidades originadas en la renovación periódica de la suprema magistratura y conserven así el equilibrio inherente a la separación de poderes y al sistema de frenos y contrapesos. El presidencialismo es un vocablo reservado para designar aquellas modalidades deformadas del sistema presidencial, cuyo factor determinante de deformación lo constituye la preponderancia presidencial que logra alterar el equilibrio pretendido mediante la inclusión del principio de separación de poderes en las constituciones. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010)

En este mismo sentido, la CCC se inclinaría por la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley de convocatoria a referendo desde un punto de vista nominal, dadas las diferentes facultades nominadoras en cabeza del presidente de la República, que terminan alterando y sustituyendo el principio democrático y de separación de poderes:

> La fijación del período constitucional que corresponde al Presidente comporta, de por sí, una limitación de sus expectativas y del ejercicio efectivo de su poder, además de constituir un mecanismo de control, por cuanto la demarcación temporal de su mandato le impone al jefe del Estado la obligación de atenerse al tiempo previamente señalado y de propiciar la sucesión de conformidad con las reglas establecidas, para evitar la prolongada concentración del poder en su propia persona y procurar que, conforme a los dictados constitucionales, las instituciones se acomoden a las nuevas realidades originadas en la renovación periódica de la suprema magistratura y conserven así el equilibrio inherente a la separación de poderes y al sistema de frenos y contrapesos. El señalamiento del lapso durante el cual se puede ejercer válidamente la primera magistratura no sólo es importante para el desempeño de la persona que ejerza como Presidente, sino también para la actuación de las principales autoridades, cuyos períodos constitucionales, por lo general, son acordados, en lo referente a su duración y al momento de su inicio o de su terminación, por referencia al período del jefe del Estado, con la finalidad de asegurar la autonomía de los distintos órganos, su adecuada interrelación y la independencia en el ejercicio de sus funciones, más aún si esas funciones implican el control de la actividad del ejecutivo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010)

Los sistemas presidencialistas presentan el riesgo de ruptura del principio de separación de poderes debido a las amplias facultades normativas del poder ejecutivo, así como a sus órdenes ejecutivas. De esta forma, el principio democrático y de separación de poderes busca desarrollar el principio de igualdad en las decisiones colectivas y la defensa de los derechos y garantías constitucionales, evitando la concentración de poder en una sola rama del poder público. La reelección presidencial afecta, sin lugar a dudas, el principio democrático y de separación de poderes, dado que los órganos de control terminan cooptados por la coincidencia de periodos entre el presidente y dichos órganos. Así, las facultades nominadoras y electorales en cabeza del presidente se convierten en piezas angulares para la ruptura del principio democrático y de separación de poderes. (Álvarez, 2009, pp. 167-176).

Del mismo modo, la CCC hace explícitas las capacidades nominadoras en cabeza del presidente de la República, que ponen en peligro el sistema de *checks and balances* o sistema de pesos y contrapesos, debido a la participación del presidente en la conformación de los miembros de otras ramas del poder público. Nótese cómo en la Sentencia C-141 de 2010 la CCC menciona que la institución de la reelección presidencial genera una ruptura y quebrantamiento de la Constitución, ya que rompe la armonía y equilibrio de la arquitectura institucional, contradiciendo lo dicho en la Sentencia C-1040 de 2005.

El alto tribunal también indicará que la Ley 1354 de 2009 desconoce el principio de igualdad, en tanto la norma no tiene una finalidad general, sino que busca establecer la continuidad de un periodo presidencial específico. Ello genera una posición favorable para el candidato que es presidente frente a los demás contendores políticos, en razón de las amplias facultades constitucionales que este ostenta.

Se resalta también que el principio democrático, como eje esencial de la Constitución de 1991, tiene una relación directa con el principio de alternancia, dada la exigencia de que toda autoridad pública sea rotatoria y se encuentre limitada temporalmente. No obstante, se dirá que el aval de constitucionalidad de la primera reelección frente a la segunda será un asunto de grado:

> (…) (ii) como límite al poder político, y si bien la reelección inmediata introducida por el Acto legislativo 02 de 2004 no configuraba una sustitución a la Constitución, porque, en todo caso, se contemplaba un límite absoluto al término del ejercicio del poder por parte del Presidente de la República y se mantenían las elecciones periódicas para la provisión de este cargo, un tercer período en el ejercicio del poder, que fuera el resultado de una segunda reelección presidencial, desvirtuaría el principio de alternación, ya que mantendría en el poder a una persona e impondría la reproducción de una misma tendencia política e ideológica

> durante un lapso mayor al que es juzgado razonable de acuerdo con las reglas de funcionamiento de un régimen presidencial típico y al que el propio constituyente colombiano estableció, tanto en la versión original de la Carta de 1991, como en la reforma válidamente introducida mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2004. Esta afectación del principio de alternación proyectaría consecuencias sobre las finalidades de índole constitucional que mediante él se persiguen y, en concreto, las posibilidades de las minorías y de la oposición sufrirían notable menoscabo, pues tendrían que aplazar sus legítimas expectativas por un período adicional, en el que, de nuevo, se impondrían los equipos y las tesis ya ensayadas a lo largo de ocho años. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010)

Debe recordarse que el principio de alternancia es necesario en cualquier gobierno republicano, pues permite definir las reglas del juego democrático, limitar los periodos de los funcionarios del Estado y generar la posibilidad de que las fuerzas opositoras ostenten el poder en próximos periodos, fortaleciendo así los escenarios democráticos. En consecuencia, para la CCC, una segunda reelección presidencial sustituye los principios de democracia participativa, supremacía constitucional, soberanía popular, separación de poderes y Estado social de derecho, a partir de la instrumentalización de los mecanismos de participación ciudadana para avalar una reforma que desconoce la génesis constituyente.

En su momento, Cifuentes (2010) señaló que una segunda reelección presidencial alteraría el sistema democrático dadas las exorbitantes facultades del presidente de la República, impidiendo el acceso de otros grupos políticos a la Presidencia. En resumen, la convocatoria a referendo para una segunda reelección presidencial es inconstitucional al subvertir la voluntad popular por las siguientes razones: (1) la vulneración del principio de alternancia ante la prolongada continuidad de una mayoría dominante en el gobierno, obstaculizando el recambio en el poder ejecutivo; (2) la vulneración de los derechos de los grupos minoritarios que se encuentren en oposición al gobierno; (3) la flexibilización del principio de pesos y contrapesos; (4) el peligro para los derechos constitucionales dada la concentración de poder en un mandatario; y (5) el desconocimiento de la forma republicana de gobierno, que lleva implícita la alternancia en el poder y el límite temporal a los periodos institucionales.

Revisitada la segunda reforma constitucional, pareciera que la teoría del poder constituyente es invasiva respecto de los mecanismos de reforma constitucional, en tanto siempre ostenta una naturaleza de poder constituyente derivado al someterse a procedimientos que desconocerían su eminente capacidad ilimitada (De la Calle, 2009). En el caso de la segunda reelección presidencial se daría un desbalance institucional que bloquearía la alternancia en el poder y rompería el sistema de pesos y contrapesos.

Los múltiples mecanismos de reforma constitucional en la CPC evidencian que fue verdadera voluntad del constituyente diferenciar uno de otro procedimiento de reforma, dada su capacidad disruptiva del orden jurídico. Por esto, pese a que no se impongan límites expresos a determinados mecanismos de cambio constitucional, el constituyente sí buscó diferenciar y adoptar una pluralidad de medios con el fin de generar líneas divisorias al poder de reforma. [88]

En la sentencia que abordaría la reelección presidencial indefinida se hace explícito, de igual manera, cómo la reelección presidencial trastoca diametralmente el principio de separación de poderes, dado que las facultades nominadoras del presidente pueden afectar el grado de autonomía e independencia de algunas autoridades públicas que incluso controlan al poder ejecutivo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010).

2.9.3.- La reelección presidencial en Venezuela: la mutación constitucional del principio de alternancia y la flexibilización de los procedimientos de cambio constitucional

La oleada reeleccionista en el NCL toma curso con la Constitución de Venezuela de 1999, que estableció la posibilidad de una reelección inmediata y aumentó el periodo presidencial de cinco a seis años. Así las cosas, con el nuevo mandato constitucional, el presidente podría mantenerse en el poder hasta por doce años. Ahora bien, ante el límite impuesto por el constituyente, los poderes constituidos llevarían a cabo un proceso de enmienda para modificar la Constitución y establecer la reelección presidencial de manera indefinida.

Así, para el año 2007, el presidente Hugo Chávez Frías, mediante proyecto de reforma, convocó a referéndum con el fin de modificar algunas normas relativas al poder legislativo y al poder ejecutivo, estableciendo la posibilidad de reelección ilimitada. Sin embargo, dicha posibilidad de reforma fue fallida. No obstante, Chávez Frías buscaría nuevamente la modificación de la Constitución a través del procedimiento de enmienda después de las elecciones regionales, obteniendo para el año 2009 una decisión conveniente a sus intereses.

En el sistema venezolano no puede perderse de vista la existencia de amplias facultades normativas en cabeza del presidente de la República, quien tiene capacidad para proferir decretos con fuerza material de ley, convocar a Asamblea Nacional Constituyente, referéndum consultivo, referéndum abrogatorio de leyes o referéndum de aprobación de tratados internacionales. Del mismo

88 Se tendrá que indicar como la teoría de la sustitución de la Constitución deberá ser limitada en sentido estricto a los escenarios de cambio constitucional donde intervengan de forma decisiva los poderes públicos o constituidos. Mientras que cuando se trate de una decisión popular no existirán limites algunos al tratarse de un verdadero poder constituyente.

modo, la Constitución de 1999 prevé la facultad del presidente de la República para proponer enmiendas y reformas a la Constitución.

Véase cómo la CPV, en su artículo 6, establece de forma directa que «el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables». Esta disposición es central para el argumento, pues el constituyente no se limitó a exigir que el gobierno fuera electivo, sino que agregó expresamente su carácter alternativo. Para algunos, la estructura misma del referido artículo implica que dicha norma no puede ser modificada mediante los procedimientos de enmienda o reforma, sino únicamente por el poder constituyente originario a través de una Asamblea Constituyente. (Brewer-Carías, 2022, p. 104).

Así las cosas, antes de realizarse el referéndum que pretendía que el pueblo decidiera sobre la reelección presidencial indefinida, la SCTSJV resolvió una acción de interpretación de la Constitución teniendo como puntos esenciales: (1) la aplicación del artículo 345 de la Constitución, conforme al cual «se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos» y «la iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional»; y (2) si la Constitución podía enmendarse para establecer la reelección presidencial indefinida sin afectar el principio de alternancia propio de los sistemas democráticos.

En cuanto a la imposibilidad de presentar nuevamente un mismo proyecto de reforma, la SCTSJV señaló que dicha prohibición no era aplicable, dado que se trataba de una enmienda y no de una reforma. A partir de una interpretación literal y exegética de la norma constitucional, hizo explícito que tanto el procedimiento de enmienda como el de reforma son mecanismos de cambio constitucional distintos, cuya tramitación, requisitos y procedimiento tienen límites diferentes. Por ello, el límite impuesto por el artículo 345 a los cambios constitucionales solo se daría respecto de los proyectos de reforma de la Constitución, mas no respecto de los proyectos de enmienda.

En consecuencia, para la SCTSJV, el procedimiento de enmienda no se encontraba sujeto a dicho límite y su tramitación podía darse en un mismo periodo constitucional. Recuérdese que en el año 2007 el proyecto de reelección presidencial indefinida a través de referéndum se presentó como una reforma a la Constitución. Por eso, para el año 2009, el mismo objetivo sería presentado como un proyecto de enmienda constitucional, modificando las reglas y limitaciones del procedimiento de cambio, pero manteniendo el mismo propósito,

en tanto afectaba de igual manera el sistema de gobierno. (Grijalva & Castro, 2020, p. 20).

La SCTSJV, mediante sentencias del 3 de febrero de 2009, resolvió las solicitudes de interpretación de los artículos 340, 342 y 345 de la Constitución, señalando que la reelección presidencial se constituye en un mecanismo que amplifica los derechos de participación política de los ciudadanos en el Estado democrático y social de derecho y de justicia. Del mismo modo, decide dar aplicación al principio de progresividad de los derechos en lo relativo a la institución de la reelección presidencial, teniendo como objetivo que los ciudadanos sean no solo veedores de las actuaciones de los funcionarios públicos, sino verdaderos jueces de su gestión a través del derecho al voto.

El alto tribunal venezolano destacaría la necesidad de que la Constitución se adapte a las nuevas realidades sociales, haciendo explícita la mutación constitucional:

Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el derecho constitucional como un derecho pétreo e inconmovible, ajeno a las necesidades sociales. Más aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación económica, pues la norma constitucional solo debe estar a su servicio. (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 49 del 3 de febrero de 2009)

La SCTSJV, mediante esta sentencia, allanó el camino para la aprobación del referendo reeleccionista que se celebraría el 15 de febrero de 2009, a través de un fraude a la rigidez de la Constitución. En efecto, se dio trámite a un procedimiento de enmienda cuando, en realidad, se trataba, en el mejor de los casos, de un procedimiento de reforma. Lo anterior desconoció la prohibición señalada por el artículo 345, que impide tramitar proyectos de reforma a la Constitución ya rechazados por el pueblo en un mismo periodo constitucional.

La SCTSJV pasó por alto la voluntad popular plasmada en la Constitución al desconocer los procedimientos y reglas del cambio constitucional, olvidando que la norma constitucional estaba dirigida a regular las consultas a la voluntad popular en materia de modificación de la Constitución y sus efectos, y no los efectos de los debates en la Asamblea Nacional. (Brewer-Carías, 2022, p. 151).

Desde una mirada crítica, los poderes constituidos emplearon, a través del tecnicismo jurídico, una serie de modificaciones al proyecto inicialmente derrotado en las urnas. Empero, la finalidad era la misma: implantar un régimen de gobierno reeleccionista que permitiera la asunción de un gobierno autocrático.

De este modo, el fraude a la Constitución conllevó, a su vez, un ejercicio de mutación constitucional del principio fundamental de gobierno alternativo señalado por el artículo 6 de la Constitución, estableciendo la posibilidad de reelección continua y sin límites de los cargos de elección popular. [89]

La SCTSJV señaló lo siguiente:

> Por tales razones, no puede afirmarse que la reelección sea un principio incompatible con la democracia y, por el contrario, puede señalarse que dentro de un Estado de derecho que garantiza la justicia y los derechos de los ciudadanos, en tanto puede ser una herramienta útil respaldar la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que beneficien a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que consideran no ha realizado acciones en consonancia con las necesidades sociales bajo los parámetros establecidos por la propia Constitución. (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 49 del 3 de febrero de 2009)

Con esta sentencia, sin lugar a dudas, la SCTSJV permitió la mutación de la Constitución de forma ilegítima, eliminando la prohibición de ser elegido de forma inmediata por más de un mandato y desconociendo el principio de alternancia consagrado en el artículo 6. Por ello, la SCTSJV refiere en su sentencia a la garantía del principio de gobierno electivo, que no puede ser asimilado al principio de alternancia. No puede olvidarse que el principio de alternancia constituye un límite impuesto por el propio poder constituyente a sí mismo, a partir de la necesidad de cambio de los representantes cada cierto tiempo, protegiendo el sistema democrático frente a proyectos continuistas. Brewer-Carías (2022) indica al respecto:

> La Sala Constitucional, con su sentencia No. 53 de febrero de 2009, en realidad mutó la Constitución a través de una interpretación, modificando ilegítimamente el sentido del principio del gobierno «alternativo» que los venezolanos dispusieron que siempre debe regir sus gobiernos, obviando la prohibición constitucional de que se pueda consultar en un mismo período constitucional, la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado. Con esta sentencia, en todo caso, lo que hizo la Sala Constitucional fue allanar el camino para que se realizara el referendo aprobatorio que fue convocado para el 15 de

89 Así mismo BREWER- CARIAS (2022) indica : "Por ello es falso lo que afirmó la Sala Constitucional en el sentido de que "sólo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones". Con su sentencia, la Sala Constitucional de nuevo lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución, y al contrario de lo que afirmó, la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, sí trastocó el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder.". (p. 152)

> febrero de 2009 a los efectos de votar por la aprobación o rechazo de un proyecto de «Enmienda Constitucional» relativa a los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, para establecer en Venezuela el principio de la reelección continua de cargos electivos, contrariando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6). (p. 107)

Asimismo, la SCTSJV cita la jurisprudencia de la CCC referente a la reelección presidencial y retoma la idea de que esta institución jurídica no sustituye un núcleo esencial de la Constitución, en tanto, en apariencia, no subvierte el modelo de Estado social de derecho, en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 49 del 3 de febrero de 2009). Asimismo, señala que el cambio constitucional resulta legítimo debido a la necesidad de adaptación del sistema político según las realidades sociales propias del devenir histórico, apelando al clásico argumento de actualización de los contenidos constitucionales con el que se sustenta gran parte de la teoría de las mutaciones constitucionales.

Respecto de la posibilidad de que la reelección presidencial afectara el principio de alternancia consagrado en la Constitución Política de 1999, la SCTSJV dispuso que dichos elementos no eran incompatibles, acudiendo a un criterio de interpretación histórico propio de la independencia, donde destacó que la posibilidad de reelección presidencial resulta ser un incentivo al gobernante. También destacó que la posibilidad de reelección presidencial indefinida, lejos de afectar el sistema político y el régimen de gobierno, termina ocasionando una amplificación de los derechos políticos tanto de los servidores públicos como de sus electores.

De esta forma, bajo un ejercicio de ponderación, la SCTSJV destaca que la reelección presidencial no afecta el principio de alternancia siempre que se garanticen elecciones periódicas, confundiendo el carácter alternativo del sistema político con el carácter electivo del gobierno en democracia. (Grijalva & Castro, 2020, pp. 20-21).

Esta confusión entre alternancia y electividad constituye el eje de la mutación constitucional analizada. La electividad alude a la forma de acceso al poder mediante elecciones periódicas, mientras que la alternancia impone una exigencia adicional: que el sistema constitucional impida la apropiación indefinida del poder por una misma persona, movimiento o proyecto político. Por ello, un gobierno puede ser formalmente electivo y, al mismo tiempo, materialmente contrario al principio de alternancia si las reglas permiten la continuidad indefinida del mismo titular del poder ejecutivo. La SCTSJV, al reducir la alternancia a la sola existencia de elecciones periódicas, vació de contenido el

límite constitucional previsto por el constituyente y transformó una cláusula de contención del poder presidencial en una simple garantía procedimental de votación. Con ello legitimó, vía interpretación, la alteración de los límites constitucionales al poder presidencial.

El constituyente de 1999 estableció tres mecanismos de cambio constitucional: la enmienda, la reforma y la Asamblea Nacional Constituyente, cada una con procedimientos propios. En este sentido, la enmienda resulta ser un mecanismo más flexible de cambio constitucional, dado que los umbrales electorales son menos gravosos que en el caso de la reforma y de la Asamblea Nacional Constituyente.

En todo caso, como señala Manzo (2020, pp. 227-230), la SCTSJV generó una deformación del principio de alternancia, en tanto este implica una constante renovación de las estructuras gubernamentales, tanto de individuos como de ideologías, para conseguir una mejor distribución del poder, fortalecer la institucionalidad, generar mayores incentivos a las buenas y efectivas políticas públicas, y lograr un mejor nivel de representación de los ciudadanos. La SCTSJV dio al artículo 6 de la CPV un alcance muy distinto al preceptuado por el poder constituyente, generando un fuerte desbalance institucional en el principio democrático y en la separación de poderes. Como corolario, puede decirse:

> La sala constitucional, con su sentencia Nº. 53 del 3 de febrero de 2009, una vez más al servicio del autoritarismo, mutó la Constitución a través de una interpretación de la misma, modificando ilegítimamente el sentido del principio de gobierno alternativo que los venezolanos dispusieron que siempre debía regir su sistema político, obviando la prohibición constitucional de consultar la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado. (Brewer-Carías, 2022, p. 229)

2.9.4.- La reelección presidencial en Ecuador: la mutación de los procedimientos de cambio constitucional

En el caso ecuatoriano, la nueva Constitución estableció la posibilidad de reelección inmediata, al igual que los modelos venezolano y boliviano. Con la Constitución de 2008 se previó la posibilidad de un segundo periodo presidencial de manera consecutiva, el cual debía tenerse en cuenta a partir de la entrada en vigor del nuevo texto. Para el año 2014 se presentó un proyecto de enmienda con el fin de otorgar la posibilidad de reelección presidencial de manera indefinida, siendo avalado por la CCE.

Al igual que en el caso venezolano, el presidente de Ecuador tiene amplias potestades legislativas e interferencia en la elección de altos funcionarios del Estado. Sin embargo, el constituyente de 2008 exigió que, en caso de darse

iniciativas por parte del presidente para reformar la Constitución, se contara con el aval de la Corte Constitucional. No obstante, en el año 2014, el presidente Rafael Correa, a partir de la aplicación del artículo 441, propuso la reelección presidencial mediante el procedimiento de enmienda, sin necesidad de contar con la aprobación del pueblo para el cambio constitucional.

La anterior posición sería legitimada por la CCE, teniendo como eje argumental la ampliación de los derechos constitucionales de los electores, sustrayendo cualquier tipo de limitación temporal a la elección presidencial. De esta manera, a partir de una interpretación literal de la Constitución, la CCE establece que el constituyente de 2008 no dispuso de forma directa el principio de alternancia. Sin embargo, al igual que en el caso venezolano, la CCE confunde el carácter alternativo de los sistemas democráticos con el principio de elección de sus representantes.

En primer término, dentro de la argumentación de la CCE se refleja una clara mutación respecto del tipo de régimen político adoptado por el constituyente, en tanto un sistema de reelección presidencial indefinida termina flexibilizando el principio democrático a su mínima expresión. En todo caso, el tribunal constitucional sustenta su decisión en la unidad entre la realidad y la Constitución propuesta por Heller (1971), para dar efectividad a la norma constitucional, en detrimento de las bases ontológicas propias de la Constitución y de la defensa de la soberanía popular plasmada en el texto.

La CCE sostuvo, en síntesis, que la Constitución establece garantías básicas para los procesos electorales y que estas deben ser desarrolladas por las demás fuentes del derecho. A partir de una interpretación integral, identificó como característica fundante del Estado ecuatoriano la existencia de un régimen democrático, pero consideró que dicho régimen no opera como un elemento de todo o nada, sino como una configuración integrada por diversos subelementos. Desde esa perspectiva, concluyó que, en determinadas circunstancias, la propia dinámica democrática exige utilizar la reforma constitucional como herramienta de adecuación entre normalidad social y normatividad constitucional. (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, 31 de octubre de 2014).

En un segundo momento, la CCE acudiría a una supuesta aplicación literal de la norma constitucional, desconociendo la existencia del principio de alternancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante, es evidente que se trata de una interpretación ilegítima de la norma, en tanto el principio de alternancia se encuentra implícito dentro del principio democrático. En su razonamiento, la Corte sostuvo que la Constitución ecuatoriana de 2008 no reconocía la alternancia como elemento de la forma de gobierno, sino como una

categoría vinculada a formas de organización colectiva, representación política, consejos de igualdad u organizaciones de trabajadores. También diferenció entre Estado y gobierno para concluir que la alternancia no formaba parte de los elementos constitutivos del Estado, sino que, en el esquema constitucional anterior, había sido una característica de la forma de gobierno (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, 31 de octubre de 2014).

Se retoma nuevamente la necesidad de adecuación de la norma a las realidades y dinámicas sociales, lo que permite la alteración de la estructura institucional propia de las formas de gobierno y del régimen político. Se señala que la reelección presidencial no constituye un elemento esencial de la forma de Estado, obviando las implicaciones que tiene la continuidad indefinida de una persona en el poder y el desequilibrio institucional que ello ocasiona. Asimismo, se hace explícita la confusión entre el principio de alternancia en el poder y el principio de electividad. En efecto, la CCE indicó que el cambio de normatividad constitucional denota el dinamismo del derecho y que las normas constitucionales se adaptan a nuevas exigencias sociales en momentos históricos determinados. Desde esa lectura, sostuvo que la alternancia no hacía parte de los elementos constitutivos del Estado ni de la estructura fundamental de la Constitución, aunque no por ello desaparecía del régimen democrático, pues podía realizarse mediante el ejercicio del derecho de participación política, en la medida en que el pueblo conserva la facultad de evaluar nuevas propuestas mediante el sufragio. (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, 31 de octubre de 2014).

En un tercer nivel, la CCE aplicaría una interpretación progresiva de los derechos políticos de los ciudadanos, desconociendo el carácter regresivo de la reelección presidencial para el sistema democrático, dada la fuerte concentración de poder en la rama ejecutiva. Dicha interpretación evocaría una amplificación de los derechos de participación de los ciudadanos y del funcionario público. En ese sentido, la Corte consideró que eliminar la restricción a la candidatura de personas reelectas para cargos públicos de elección popular no suponía una alteración ni una regresión de los derechos y garantías constitucionales. Por el contrario, estimó que la propuesta buscaba garantizar el principio constitucional de participación democrática y los derechos de elegir, ser elegido e intervenir en asuntos de interés nacional. (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, 31 de octubre de 2014).

Finalmente, la CCE preceptuaría la posibilidad de que la reelección presidencial fuera tramitada mediante un procedimiento de enmienda, ya que no desconocería ningún elemento esencial o estructural de la Constitución. Por el contrario, lejos de producir una limitación, generaría una amplificación de los

derechos constitucionales. Para la Corte, la propuesta no encajaba en los supuestos que exigían procedimientos más agravados, pues su finalidad era eliminar una restricción al proceso de reelección de autoridades públicas, fortaleciendo el régimen democrático mediante procesos electorales plurales. Igualmente, estimó que no se restringían derechos o garantías, sino que se afianzaba el ejercicio de los derechos de participación en su doble dimensión: elegir entre diversos candidatos y permitir que las personas pudieran ser reelectas sin más límite que la confianza del electorado. (Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, 31 de octubre de 2014).

Sobre el mecanismo de cambio constitucional escogido, debe hacerse explícito que la CCE legitimó dicho medio a partir de la tesis según la cual la reelección presidencial no restringía los derechos y garantías constitucionales, sino que, por el contrario, los ampliaba. Asimismo, presenta una contradicción al abordar lo relativo a los elementos constitutivos del Estado para definir el mecanismo de cambio constitucional procedente para la reelección presidencial indefinida. Por una parte, sostiene que solo son elementos constitutivos del Estado aquellos previstos en los artículos 1 a 9 de la Constitución; por otra, deja abierta la posibilidad de que los elementos constitutivos sean descifrados a partir de la interpretación del juez constitucional. (Grijalva & Castro, 2020, pp. 34-35).

En el caso ecuatoriano se presenta una mutación del principio democrático y de separación de poderes, así como una burla a los mecanismos de reforma constitucional vía interpretación, desconociendo un elemento fundante del sistema político ante el amplio margen interpretativo del juez para definir el elemento constitutivo o estructural.

Para el año 2017 nuevamente se presentaría el debate sobre la reelección presidencial, esta vez para prohibirla. La CCE avalaría la prohibición de reelección presidencial mediante el procedimiento de enmienda, al considerar que esta institución no hacía parte del núcleo duro o esencial del texto constitucional.

No debe perderse de vista que las mutaciones constitucionales devienen de decisiones judiciales que apelan a la teoría del *tactical balancing*, donde los sentidos de los fallos tienen múltiples causas, como las preferencias políticas, económicas y sociales (Vega, 2021, p. 872). En todo caso, los poderes constituidos han acudido a los tribunales constitucionales con el fin de legitimar sus actuaciones bajo el prisma de la constitucionalidad de la norma, apelando a criterios externos, como la independencia y autonomía de la función judicial, de los cuales carecen los jueces constitucionales, y a criterios internos, como la racionalidad de la interpretación constitucional.

Los jueces constitucionales del NCL han confundido el principio de alternancia con el de gobierno electivo, generándose una mutación de los principios

fundamentales del Estado y del sistema democrático en sí mismo. No es entonces asimilable la necesidad de que las personas se turnen en el poder —permitiendo una contraposición a la continuidad en el ejercicio de altos cargos estatales— con el hecho de que las autoridades sean elegidas de forma periódica mediante elecciones democráticas. La alternancia no se agota en la existencia de sufragio, ni el carácter electivo del gobierno garantiza por sí solo la renovación real del poder. En los casos venezolano y ecuatoriano, los tribunales constitucionales sustituyeron el mandato de alternancia por una lectura puramente procedimental de la democracia, según la cual basta con que existan elecciones periódicas para que el principio democrático permanezca incólume. Esa lectura despoja a la alternancia de su función material: impedir la concentración prolongada del poder presidencial, preservar la igualdad entre fuerzas políticas y garantizar que la competencia electoral no sea absorbida por el aparato estatal controlado por el mandatario en ejercicio.

Desde esta perspectiva, la confusión entre alternancia y electividad no constituye un simple error conceptual, sino el presupuesto hermenéutico que permitió legitimar la mutación constitucional. Al equiparar alternancia con posibilidad de elegir, los tribunales constitucionales convirtieron un límite sustantivo al poder presidencial en una regla meramente procedimental. Con ello, la continuidad indefinida del gobernante dejó de ser leída como una amenaza a la arquitectura constitucional y pasó a presentarse como ampliación de derechos políticos. Esta inversión argumentativa permitió que, vía interpretación, se alteraran los límites constitucionales al poder presidencial, se flexibilizaran los procedimientos de cambio constitucional y se desplazara la voluntad constituyente por la voluntad interpretativa del juez constitucional.

Esa flexibilización del principio de alternancia, que es sustrato del principio democrático, posibilita la viabilidad de escenarios de mutación constitucional de la institución de la reelección presidencial limitada, dando un salto a la reelección presidencial sin ningún tipo de límite, lo que evoca una tendencia autoritaria. (Brewer-Carías, 2022, p. 106).

Como corolario, las modificaciones a la Constitución orientadas a la reelección presidencial han traído un claro desconocimiento del principio de soberanía popular, al modificar y alterar las limitaciones constitucionales impuestas por el poder constituyente a los poderes constituidos; del principio de representación, dado que evitan que más personas accedan a cargos de elección popular; y del principio de alternancia, que evita la concentración de poder en una sola persona y la subversión de las instituciones propias del Estado constitucional, posibilitando la vulneración de los derechos humanos. (Vega, 2021, pp. 865-866).

2.9.5.- La reelección presidencial en Bolivia: desequilibrios institucionales y el amaño interpretativo del TCPB

En Bolivia, la nueva Constitución de 2009 estableció la posibilidad de reelección presidencial inmediata. No obstante, la disposición transitoria aplicable al cómputo de mandatos previó que los periodos presidenciales anteriores a la entrada en vigor de la Constitución fueran contabilizados. A pesar de la claridad de este límite, se produjeron diversas maniobras interpretativas de origen legislativo, posteriormente avaladas por el TCPB, que posibilitaron una segunda reelección presidencial. De esta forma, para el año 2016, ya reelegido dos veces el presidente Evo Morales, se impulsó una reforma constitucional orientada a habilitar la reelección indefinida. Dicha propuesta fue rechazada por el pueblo. Ante la negativa del poder soberano, los actores políticos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra los límites constitucionales a la reelección, a lo que el TCPB respondió declarando su inaplicabilidad, con fundamento principal en una supuesta vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Grijalva & Castro, 2020, pp. 36-37).

Debe hacerse énfasis en que, por mandato del constituyente, el sistema de reelección presidencial en Bolivia no era ilimitado. Por el contrario, fue concebido como un límite al poder ejecutivo, que concentra amplias facultades. Lo que sí permitió el constituyente fue la reelección inmediata, pero no de manera continua e indefinida. En esa medida, una vez culminado el periodo de reelección inmediata, el presidente no podía postularse nuevamente de forma consecutiva, aunque sí podría hacerlo para un periodo posterior. El constituyente boliviano concibió, entonces, un sistema de reelección inmediata limitada, dirigido a premiar la buena gestión del presidente de turno y a favorecer su participación en la contienda electoral por una sola vez de manera continua. (Rivera, 2011, pp. 25-26).

En el caso boliviano, el poder ejecutivo en cabeza del presidente de la República cuenta con verdaderas facultades normativas que atenúan la distinción entre poder ejecutivo y poder legislativo. También contempla la facultad de convocar a referendo para la reforma total o parcial de la Constitución mediante Asamblea Constituyente. Del mismo modo, el presidente de la República cuenta con amplias capacidades nominadoras y de elección de altos funcionarios del Estado, lo que conlleva la concentración de un poder considerable. [90]

[90] "En materia de nombramiento y designación de funcionarios, tanto al Constitución de 1967 como la Constitución de 2009 facultan al presidente para designar, de una lista propuesta por el legislativo, al contralor general del Estado, al Presidente del Banco Central, a la máxima autoridad del Órgano de regulación de Bancos y entidades financiera y a los

Pese a la rigidez de la Constitución boliviana y a la defensa de la voluntad popular plasmada en los mecanismos de cambio constitucional mediante decisión popular, los poderes constituidos encontraron medios alternativos para modificar el sentido de la Constitución sin alterar formalmente su tenor literal. Así, a través de la interpretación constitucional, los poderes políticos establecieron un régimen reeleccionista indefinido, sin límite alguno.

Inicialmente, el artículo 168 de la CPB preceptuó la posibilidad de reelección presidencial inmediata por una sola vez, haciéndose inconstitucional una tercera postulación consecutiva por expresa disposición popular. Además, la propia Constitución, en su disposición transitoria primera, inciso segundo, estableció que los mandatos anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución serían tenidos en cuenta para el cómputo de los nuevos periodos.

En el caso específico, Evo Morales fue elegido presidente de la República en el año 2005, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 2009. Asimismo, sería reelegido en el año 2009, haciéndose nugatoria la posibilidad de ser reelegido por una tercera vez en virtud de lo consignado por el constituyente. No obstante, ante la claridad dispuesta por el constituyente en su creación normativa, la Asamblea Legislativa Plurinacional profirió la Ley 082 de 2013, mediante la cual interpretó que los mandatos debían ser contabilizados a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, en abierta contradicción con la disposición transitoria primera. En todo caso, resultaría aún más grave el aval de la mutación constitucional por parte del TCPB, al declarar la constitucionalidad de la norma y permitir un tercer mandato presidencial contra la voluntad popular en el año 2014.

La Ley de Aplicación Normativa se presentó como un proyecto que, pese a la claridad del texto constitucional, buscaba desarrollar legislativamente la norma especial frente a las generales. No obstante, el verdadero fin de la disposición fue habilitar la posibilidad de una segunda reelección presidencial en contra del mandato imperativo del poder constituyente, a partir de una supuesta interpretación auténtica y extensiva de la voluntad popular con una finalidad diferente a la plasmada en el texto constitucional, produciéndose una verdadera mutación de la Constitución. (Vargas, 2015, pp. 448-450).

---

presidentes de entidades de función económica y social en las cuales interviene el Estado." ahora entonces referente al caso de los miembros del TCPB señala: "sin embargo, el sostenido predominio electoral del presidente Morales y el apoyo de su bloque legislativo en la Asamblea, le ha permitido controlar tanto el proceso de preclasificación de los candidatos a jueces, incluyendo los del Tribunal Constitucional, como incidir significativamente sobre la elección misma.

La Constitución boliviana, como norma vinculante para todos los poderes del Estado, cuenta con mecanismos de defensa que, como ya se vio, se materializan mediante el control concentrado de constitucionalidad. En este sistema, el TCPB es el intérprete auténtico de la Constitución y su interpretación resulta vinculante para las demás autoridades públicas. Se recalca que la Constitución no autoriza al poder legislativo para interpretar de forma última las normas del texto supremo. De allí que la Ley 082 de 2013 represente no solo una mutación del sistema político, al permitir una segunda reelección presidencial que alteraría el sentido de la Constitución sin modificar su texto, sino también un escenario de usurpación de funciones por parte del legislador, ya que este, por mandato constituyente, no es el encargado de definir el sentido último de la Constitución (Vargas, 2015, p. 451). Vargas indica sobre la naturaleza de intérprete auténtico del TCPB:

Y precisamente, por mandato constitucional, el TCP ha sido configurado como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, con la cualidad adicional de defensor de los derechos fundamentales; por lo mismo, su función principal es la de ejercer de forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas. (Vargas, 2015, p. 455)

De esta manera, la tesis del legislador buscó realizar una interpretación extensiva de las normas constitucionales, contradiciendo el tenor literal del texto constitucional, el cual no ofrecía mayores dificultades interpretativas. Por tanto, resultaba innecesario cualquier tipo de interpretación vía legislación. Así las cosas, al conocer del control de constitucionalidad de las normas contenidas en el proyecto de ley, el TCPB señalaría, en primer término, lo siguiente sobre las facultades interpretativas de la Constitución en cabeza del poder legislativo:

> Del razonamiento expresado deriva entonces la evidencia de que el constituyente originario recogiendo la voluntad del soberano, instituye una Norma Suprema que —como se expresó en fundamentos precedentes— contiene una parte dogmática y otra orgánica que son la expresión de la autoidentificación del pueblo, la visión y concepción del tipo de Estado imperante, todo ello en el marco de los valores y principios supremos que rigen a esa sociedad. Luego está que el constituyente derivado, que de igual forma representa la voluntad del soberano, debe no sólo enmarcar las normas que emite al contenido de la Constitución Política del Estado, sino que su función implica también el materializar dicho contenido y el espíritu de la Norma Suprema a través de leyes, y en los casos excepcionales de presentarse una aparente antinomia o fricción de normas constitucionales, el legislativo

> puede —en ejercicio de la facultad conferida por el soberano— dilucidar dicha antinomia o roce de preceptos constitucionales a través de una ley, a efectos de una aplicación contextualizada y sistémica de la Constitución Política del Estado, sin que dicha tarea, de ninguna manera, importe una presunta ley de interpretación de la Constitución, sino únicamente cumplir y materializar la soberanía popular que no puede ser limitada ni restringida por ninguna norma, ni autoridad. En ese sentido, cuando el art. 4.III de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP) establece que: «El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular», debe entenderse que simplemente reconoce una competencia implícita en la Constitución, para el ejercicio de sus competencias. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 84 de 2017)

Véase cómo la Asamblea Legislativa Plurinacional modificó de forma flagrante y directa la estructura orgánica de la Constitución, actuando por fuera de sus competencias constitucionales y erigiéndose como intérprete auténtico de la Constitución, lo que permitió la alteración del sistema constitucional y del propio control de constitucionalidad. Sin embargo, el accionar del poder legislativo tendría como agravante la anuencia del TCPB, que admitió y validó la posición normativa preceptuada por la Asamblea Legislativa. Debe hacerse énfasis, entonces, en la modificación de la Constitución vía legislación, avalada por el TCPB, lo que conllevó el exceso en las funciones interpretativas del legislador y el desconocimiento de la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Todo esto se produjo a partir de una interpretación que no atiende a su tenor literal. En resumidas cuentas, el análisis realizado por el TCPB contradice el principio de separación de poderes propio de cualquier Estado de derecho, al permitir que el poder legislativo realice funciones propias del poder judicial sin el aval del pueblo. (Vargas, 2015, p. 878).

En este caso se presenta una mutación constitucional a través de prácticas contrarias a la Constitución o mediante sentencias manipulativas, esto es, vía interpretación constitucional que flexibiliza los contenidos constitucionales y desvía sus sentidos comunes, así como su eficacia normativa (Vargas, 2015, p. 463). El TCPB desconoció el sentido y tenor literal de la Constitución con el fin de posibilitar una segunda reelección presidencial, generando una elusión a los procedimientos agravados de reforma y tramitando el cambio a través de una ley.

Lo referenciado representa la modificación del sentido de la norma constitucional sin modificar su enunciado normativo, lo que plantea dos problemas principales: (1) la ausencia de competencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional para tramitar la reforma constitucional, dado que esta solo puede ser aprobada

por el pueblo como poder soberano; y (2) la falta de idoneidad del medio desde un punto de vista material, en tanto el asunto desarrollado no podía ser tratado como ley al modificar elementos esenciales de la Constitución, tales como el principio de pesos y contrapesos, el principio democrático y de separación de poderes, el sistema de gobierno y el principio de alternancia.

Al respecto, Vargas (2015, pp. 464-465) enuncia que, a través de un acto de aparente complementación de la Constitución, se distorsionó la aplicación del mandato del constituyente a favor de la reelección presidencial limitada. Para el caso en cuestión, ello resulta ser una mutación ilegítima que desconoce el orden constitucional a partir de una situación fáctica que destruye la fuerza y eficacia normativa del texto supremo. Lo anterior denota la ausencia de límites a las facultades interpretativas de los tribunales y pone en evidencia la falta de controles institucionales y sustanciales sobre el garante de la Constitución.

Ahora bien, respecto de la interpretación contraria a la disposición transitoria primera, el TCPB mencionaría:

> Sobre este particular y en lo referente al ámbito personal de aplicación regulado por el citado proyecto, debe señalarse que tanto el Presidente como el Vicepresidente, en el marco del Estado Unitario Social de Derecho, Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, tal cual reza el art. 1 de la CPE, son autoridades cuya fuente de poder tiene su origen en una forma democrática de gobierno mediante el voto universal, obligatorio, directo, libre y secreto, tal como lo señala el art. 166.1 de la CPE; en este sentido, por la naturaleza jurídica de su mandato, que tal como se dijo, emerge del voto popular, en el contexto del sistema de gobierno adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia, que se plasma en el art. 11 de la CPE y al estar regulado su mandato en la parte orgánica de la constitución, se colige que no existe incompatibilidad alguna del desarrollo normativo mediante ley expresa de este elemento fáctico-normativo de la disposición objeto de análisis con el orden constitucional. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia sobre Ley de Aplicación Normativa)

De esta manera, el TCPB, con el fin de justificar su postura, tomaría como fundamento la teoría del poder constituyente y su carácter político y revolucionario, que no reconoce otro orden jurídico:

> Por otra parte, conforme al Fundamento Jurídico III.5 de la presente Declaración Constitucional, es necesario rememorar que la Asamblea Constituyente en Bolivia, cuyo proceso fue iniciado el 2006, concluyendo el 2009, tuvo inequívocamente un carácter originario, con origen en la voluntad democrática popular, característica a partir de la cual, se entiende su autonomía, en mérito de la cual, el nuevo orden es diferente al pre-existente, el nuevo orden implica una nueva era jurídico-política

> basada en la refundación del Estado, por ello se concluye que es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, realizar el cómputo del plazo para el ejercicio de funciones tanto del Presidente como del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, desde el momento en el cual la función constituyente refundó el Estado y por ende creó un nuevo orden jurídico-político.
>
> (…)
>
> En efecto, conforme se precisó antes, el carácter soberano de la función constituyente no está vinculado a ninguna norma jurídica previa, toda vez que por su naturaleza es un poder prejurídico; así la función constituyente, en mérito a su rasgo autónomo, es una fuente y esencia del nuevo orden jurídico, diferente del orden preconstituido, en mérito de la cual, como se dijo, el nuevo orden diseñado, es diferente al preexistente.
>
> (…)
>
> En consecuencia, de acuerdo a una interpretación teleológica se tiene que la función pública ejercida por servidores públicos, que después del 22 de enero de 2010, hubieren continuado en el ejercicio de sus cargos sin nueva elección, designación o nombramiento, asegura la continuidad y consiguiente eficacia de la gestión pública destinada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, por tanto, en este marco, el contenido del art. 4.II del proyecto de Ley de Aplicación Normativa, no sólo que es razonable y coherente, sino también compatible con el orden constitucional vigente. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia sobre Ley de Aplicación Normativa)
>
> Asimismo, el TCPB sería fundamental para permitir la convocatoria a referéndum orientada a una nueva reelección presidencial. No obstante, el proyecto de reforma no encontraría el apoyo popular suficiente, lo que ocasionaría que los poderes constituidos presentasen una acción de inconstitucionalidad contra las limitaciones establecidas por el constituyente, teniendo como fundamento la aplicación del control de convencionalidad y el artículo 23 de la CADH. Así las cosas, para los accionantes, el artículo 23 de la CADH establece un catálogo taxativo de presupuestos bajo los cuales puede ser limitada la elección de funcionarios públicos.

El TCPB resolvería la acción de inconstitucionalidad a través de la Sentencia 084 de 2017, teniendo como principales líneas argumentativas la posibilidad de declarar normas constitucionales como inconstitucionales, de conformidad con la teoría de Bachof (2010), y, en segundo lugar, la aplicación preferente de las normas propias del derecho internacional de los derechos humanos conforme al control de convencionalidad (Viciano & Moreno, 2018, p. 186). En la primera línea argumental, el alto tribunal resaltaría la diferencia entre las normas tipo principio y las normas tipo regla como eje que permite dar preferencia a

los principios sobre las reglas, concluyendo que, a pesar de que la Constitución establecía una limitación a la reelección presidencial, dicha regla debía ser interpretada a la luz de otros principios constitucionales, los cuales tendrían preferencia sobre la regla en cuestión. [91]

En la segunda línea argumental, el TCPB acogería los argumentos de los demandantes y, apelando a la aplicación del artículo 256 de la CPB, indicó que debía darse una aplicación preferente de los derechos humanos consagrados en el instrumento internacional, negando los límites impuestos por el propio poder constituyente a la reelección presidencial. No obstante, los argumentos del TCPB tergiversan la jurisprudencia de la Corte IDH y provocan una mutación de la Constitución vía control de constitucionalidad, abarcando una presunta interpretación *pro homine* en defensa de los derechos humanos y declarando la convencionalidad de la norma constitucional. (Vega, 2021, p. 881).

Del mismo modo, no puede darse una interpretación que desconozca de forma directa el contenido constitucional como obra del poder constituyente, máxime sin la existencia de una jurisprudencia específica y concluyente de la Corte IDH sobre el tema. Sobre esto, Viciano y Moreno (2018) dirán que se constituye un fraude interpretativo:

> Como veremos en el apartado 6.1 lo que hace el TCP, siguiendo a alguno de sus homólogos centroamericanos, es una interpretación torticera y peligrosa del control

91 Al respecto BACHOF (2010) ha señalado: "Sin embargo, pudiera suceder que una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material, lo que ha recibido, de hecho, la atención de reconocidos teóricos de la Constitución como Krüger y Giese, que han reconocido la posibilidad de que una norma constitucional de rango inferior por una contradicción tal sea inconstitucional e inválida. (…) Por lo tanto, o bien esa regla se encuentra en consonancia con los principios fundamentales de la Constitución o bien la ha considerado como una excepción, desviándose conscientemente de aquellos principios. Sin duda, el constituyente, admitiendo dicha excepción, tampoco puede contradecir una norma de derecho metapositivo, especialmente la interdicción de la arbitrariedad, ¡inmanente a todo ordenamiento jurídico!". (pp. 76- 79). En otro sentido en la sentencia sentencia 084 de 2017 el TCPB señalaría al respecto sobre la primacía de las normas tipo principio sobre las normas tipo regla que invalidarían la decisión popular: "En consecuencia, en el caso en análisis, resulta evidente la presencia de una contradicción o antinomia entre los arts. 156, 168, 285.11 y 288 de la CPE, **normas constitucionales-reglas** y los art. 26 y 28 de la misma, **normas constitucionales-principios**, en la parte de aquéllas que limitan la reelección a una sola vez de manera continua, de las autoridades respecto de las cuales regula su texto; lo que conforme a lo establecido precedentemente y a la comprensión desarrollada en el Fundamento Jurídico III.2. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, debe resolverse en favor de las **normas constitucionales-principios**, determinando su **aplicación preferente** frente a las **normas constitucionales reglas**.".

> de convencionalidad con el único objetivo, manifiesto, de evadir con pretensiones de juridicidad la propia norma fundamental que le da carta de existencia al Tribunal y a las funciones que tiene encomendadas. (p. 186)

La decisión del alto tribunal conllevó la alteración de los equilibrios institucionales a través de un fraude a la Constitución, siendo una reforma al texto constitucional vía interpretación, en desconocimiento de la voluntad popular plasmada en la exigencia de que los cambios constitucionales se surtan mediante procedimientos de modificación formal. (Nocera, 2019, p. 494).

De esta forma, la rigidez de los mecanismos de reforma constitucional, que dificultaron el cambio constitucional, así como la derrota del proyecto por las vías democráticas, hicieron necesario acudir a las vías judiciales para eliminar cualquier restricción a la reelección presidencial. (Vega, 2021, p. 874).

Por ello, lo acontecido con la institución de la reelección presidencial ha sido denominado constitucionalismo abusivo, pues mediante mecanismos de cambio constitucional se elimina el principio de pesos y contrapesos, generando una ruptura en el sistema político que permite la asunción de un régimen autoritario (Cachin, 2019, p. 24). En todo caso, es imperioso señalar que las estructuras institucionales consolidadas como reglas buscan, en últimas, garantizar los derechos constitucionales consagrados en la parte dogmática de la Constitución. De manera que las reglas concebidas como ejes orgánicos de los sistemas políticos son igual de importantes que el catálogo de derechos contenido en las constituciones, ya que sin aquellas los poderes públicos concentrarían mayores facultades, haciendo nugatorios los derechos consagrados por el constituyente. (Viciano & Moreno, 2018, pp. 191-192).

Ante la declaratoria de la reelección como un derecho humano por parte del TCPB, la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho —Comisión de Venecia— señaló: (1) que los límites a la reelección presidencial representan una restricción al derecho de participación; (2) que no existe una consagración directa del derecho a la reelección en el derecho interno ni en el derecho internacional; (3) que los límites a la reelección presidencial buscan evitar la asunción de gobiernos autoritarios o dictaduras que pongan en peligro los derechos humanos de los ciudadanos, el derecho de oposición y el principio de alternancia; (4) que la reelección presidencial puede poner en peligro la democracia; (5) que la reelección presidencial debe ser avalada directamente por el pueblo como poder soberano, situación que no se evidencia en la mayoría de los casos; y (6) que no existe discriminación por los límites impuestos a la reelección presidencial, dado que estos buscan proteger otros derechos y fines constitucionales (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho [Comisión de Venecia], 2018, p. 8).

De la misma forma, la Corte IDH ha hecho explícito que los derechos políticos no son absolutos y, por lo tanto, pueden estar sujetos a restricciones y limitaciones (Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*). Así, la CADH no establece propiamente un sistema electoral específico ni tampoco un derecho humano a la reelección (Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*). Por el contrario, el mismo sistema interamericano prevé condiciones que pueden limitar los derechos políticos, por lo que no resulta admisible una interpretación dirigida a establecer el carácter absoluto de estos derechos.

El TCPB, encargado de proteger la Constitución, cayó en la judicialización de la política, sirviendo a los intereses del mandatario de turno y facilitando la concentración progresiva de poder a través de reformas no formales o mutaciones de la Constitución (Vega, 2021, p. 865). Con todo, la distorsión de los límites interpretativos del juez constitucional generó una suerte de amañamiento del proceso hermenéutico llevado a cabo por el juez constitucional para permitir la continuidad del presidente de la República.[92] Como corolario de la interpretación realizada por el TCPB:

> En este caso, el TCP ha integrado su actividad interpretativa con una actividad adicional de desarrollo, produciendo un fenómeno de «desconstitucionalización», es decir, un procedimiento en vía pretoria mediante el cual se han «desmantelado» algunas disposiciones constitucionales para obtener principios y valores en consonancia con el cambio político e institucional actual del Estado, con una especial atención a las amplias perspectivas de protección de los derechos humanos, derivadas del derecho internacional y la Convención Americana. Esta interpretación jurisprudencial ha cambiado completamente el equilibrio constitucional, legitimando, de hecho, una «reforma constitucional en el camino jurisprudencial», cuestionando las llamadas garantías de la democracia y creando una verdadera actividad *contra constitutionem*. (Nocera, 2019, p. 505)

Así las cosas, el mecanismo mediante el cual se avaló la reelección presidencial indefinida no solo mutó la Constitución a través de una vía ilegítima en

92 NOCERA (2019) expone: "Por lo tanto, en la decisión en comentario, los jueces constitucionales reiteraron que, con respecto a la protección de los derechos humanos, es más necesario considerar como fuente superprimaria la Constitución (o Ley Fundamental), sino también todas las fuentes y tratados internacionales que protegen los derechos humanos, en favor del principio pro homine. De hecho, principio jerárquico y principio internacionalista se coordinan en la aplicación de todas las disposiciones normativas que protegen los derechos humanos. El Tribunal Constitucional Plurinacional ya había intervenido sobre la interpretación más favorable de los derechos humanos (teoría del más alto nivel de protección) con la Sentencia n. 01/10/2010, recordada por el fallo constitucional en el comentario" (p. 498)

términos democráticos, sino que también desconoció de forma directa la voluntad popular expresada en la consulta realizada al pueblo (Inarra, 2019, p. 240). Esto implicó que se generara una aparente contradicción entre el texto supremo y las normas propias del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, una revisión somera de los contenidos de la CADH permite concluir que lo realizado por el juez constitucional fue un amaño de la interpretación a favor de intereses políticos determinados, denotando una vez más la ausencia de controles a la interpretación constitucional.

Por ello, desde el punto de vista del proceso interpretativo racional, la decisión del alto tribunal constitucional boliviano carece de legitimidad, ya que deja dudas sobre su argumentación y fundamentación, a lo que se suma el desconocimiento de la voluntad popular consultada y plasmada con anterioridad a la decisión judicial. Desde un punto de vista estrictamente interpretativo, el TCPB apeló a un criterio literalista del artículo 23 de la CADH, como si se tratara de un listado taxativo de restricciones a los derechos políticos de los ciudadanos. Así, omitió la aplicación de un criterio sistemático de interpretación, que exige que el proceso hermenéutico consulte la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico.[93]

La Constitución boliviana de 2009 intensifica el papel del pueblo como poder constituyente al establecer que cualquier reforma debe contar con aval popular vía referendo. Mientras tanto, cuando se trata de reformas totales que puedan afectar derechos constitucionales o bases fundamentales de la Consti-

93 INARRA (2019) señala: "Tercero, el TCP aplicó el control de convencionalidad para declarar la inaplicabilidad de las normas constitucionales y legales que establecen una sola reelección de autoridades; al hacerlo ha usado defectuosamente el principio de interpretación conforme (art. 13.IV de la cpe), pues no desarrolla una interpretación sistémica amplia que permitiera considerar en toda su magnitud algunos casos que ha citado en su argumentación y obvió algunas normas de la propia CADH (como los artículos 30 y 32.2) y las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado sobre estas. Estas últimas permiten observar que no se puede interpretar como numerus clausus a los límites señalados en el numeral 2 del artículo 23 de la CADH. Por último, el artículo 30 y su interpretación desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ayuda a que la Constitución y leyes impongan límites a los derechos en función al bien común e interés general de la sociedad, lo que hace vislumbrar una actitud de deferencia hacia el constituyente y legislador. De esta forma, al enmarcarse en esta disposición el límite de una sola reelección de las autoridades bolivianas, se colige su convencionalidad, y esto provoca la invalidación de la interpretación del TCP que supone la mayor favorabilidad del artículo 23 de la CADH respecto a la Constitución de Bolivia en relación al derecho político a ser elegido democráticamente. Además, se pudo demostrar que la paradoja entre voluntad popular y control de convencionalidad (legitimidad democrática frente a la legalidad convencional) no es más que una artificial apariencia provocada por la sentencia del TCP." (p. 254)

tución, deberá darse un proceso de Asamblea Constituyente, previo referendo aprobatorio. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 411).

Finalmente, en la Sentencia Constitucional 1010/2023, el TCPB modificó su precedente e indicó que no existe un derecho humano a la reelección. Por el contrario, señaló que la prohibición de la reelección indefinida persigue fines compatibles con la democracia representativa:

> En consecuencia, en el marco del bloque de constitucionalidad y, siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha efectuado la interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana, y que señaló que la prohibición de la reelección presidencial tiene una finalidad acorde con el art. 32 de la Convención porque busca garantizar la democracia representativa sirviendo de salvaguarda de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana y busca evitar una persona se perpetúe en el poder, y, de este modo, se asegure el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes, tal interpretación es extensiva a la posibilidad de repostulación de las autoridades judiciales en ejercicio, a un cargo similar en diferente Tribunal sea constitucional, ordinario, agroambiental o finalmente, al Consejo de la Magistratura, puesto que la función de administrar judicial es única y constitucionalmente atribuida a las diferentes jurisdicciones en el ámbito de sus respectivas competencias, motivo por el cual, se entiende que su ejercicio tiene un tiempo de mandato de seis años constitucionalmente definido y puede ser sujeto, como en los casos del órgano ejecutivo y legislativo a reelección por única vez de manera continua, empero en diferente tribunal a aquel en que cumplió función jurisdiccional. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1010/2023, pp. 79-80)

A ello se añade que la restricción de la posibilidad de repostulación indefinida es una medida idónea para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y que, de esta forma, no resulten afectados los principios constitutivos de una democracia representativa. Además, resulta necesaria para garantizar la alternancia en el poder. Considerando que no existe un derecho autónomo a la reelección, el sacrificio que implica la restricción constitucional a la repostulación obedece a las exigencias del bien común, que requiere establecer salvaguardas a la democracia. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1010/2023, p. 81).

2.10.- Conclusiones del capítulo

En América Latina, los mecanismos de cambio constitucional han sido utilizados con frecuencia para consolidar proyectos políticos de carácter autoritario a partir de instituciones como la reelección presidencial. Los poderes constituidos se han valido de múltiples argucias para eliminar los controles temporales al ejercicio presidencial, consultando en algunos casos la voluntad popular con el fin de refrendar el movimiento reeleccionista. Por ello, la justicia constitucional ha operado como medio para validar la reelección presidencial ilimitada en estos sistemas, valiéndose de doctrinas teóricas como el neoconstitucionalismo, el garantismo y las cláusulas de apertura del derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, se ha declarado la constitucionalidad de reformas que sustituyen la voluntad popular expresa en los textos constitucionales que prohíben o limitan la reelección presidencial. (Viciano & Moreno, 2018, pp. 196-197).

Con todo, la justicia constitucional ha servido como canalizadora y legitimadora de la eliminación de los límites al poder presidencial a partir de ejercicios interpretativos que han mutado el sentido primigenio de la Constitución y de la soberanía popular. Esto se ha producido debido a la falta de límites a la interpretación constitucional, generando una suerte de anarquismo hermenéutico en los jueces, así como una ausencia de controles externos a su labor jurisdiccional. En todo caso, vale poner de presente:

> La pérdida de referencia en la Corte constitucionales del texto normativo que les da soporte y carta de existencia, y la vinculación de sus decisiones a concepciones morales, no solo haría de la justicia constitucional un oxímoron, sino también un mecanismo elitista y profundamente antidemocrático de gran alcance y extraordinaria gravedad. (Viciano & Moreno, 2018, p. 192)

En síntesis, los casos de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia evidencian que la reelección presidencial ha funcionado como un laboratorio de mutaciones constitucionales en el NCL. En ellos, el juez constitucional no se ha limitado a proteger la supremacía de la Constitución, sino que ha terminado habilitando, corrigiendo o legitimando transformaciones sustantivas del régimen político. La constante común ha sido la flexibilización de los límites constitucionales al poder presidencial, ya sea mediante la confusión entre alternancia y electividad, la ampliación artificial de los derechos políticos, la instrumentalización del principio de progresividad, la invocación expansiva del control de convencionalidad o la validación de procedimientos formales inadecuados para introducir cambios de alta intensidad constitucional.

Así, la mutación constitucional deja de ser una simple técnica de adaptación del texto a la realidad social y se convierte en una patología democrática cuando desplaza la voluntad constituyente por la voluntad interpretativa del juez. En el marco del NCL, donde la legitimidad del texto constitucional descansa en la soberanía popular y en la centralidad del poder constituyente, los cambios constitucionales de alta intensidad deben tramitarse por vías democráticas, públicas y deliberativas, no mediante decisiones jurisdiccionales que sustituyan la decisión del pueblo. La reelección presidencial indefinida muestra, entonces, el riesgo mayor de una justicia constitucional sin controles metodológicos suficientes: convertir al guardián de la Constitución en un poder ilimitado capaz de redefinir, sin autorización popular, los límites temporales, orgánicos y democráticos del poder político.

3.- La interpretación constitucional en Colombia como un modelo ausente de controles a la discrecionalidad judicial

Para Monroy (2007, p. 188), la importancia de la interpretación constitucional se encuentra asociada a la idea de la Constitución como norma directamente aplicable por los jueces y a su carácter de fuente de fuentes del derecho, esto es, a la asunción del principio de supremacía constitucional. De la misma manera, la interpretación de la Constitución, como asunto de especial importancia en la teoría constitucional, ha sido abordada a partir de diversas subcategorías: el objeto de la interpretación constitucional, los sujetos de la interpretación constitucional y los métodos de interpretación. No obstante, pese a la trascendencia de cada una de estas subcategorías, el presente capítulo abordará con mayor profundidad lo relativo a los métodos de interpretación, sin que las demás subcategorías dejen de ser consideradas, al menos de forma transversal.

De este modo, para el desarrollo de este capítulo será importante realizar dos precisiones previas, abordando la noción de disposiciones y de autoridad normativa, con el fin de explicar el objeto de la interpretación constitucional y la incidencia que tiene la noción de poder constituyente en dicha actividad. Por ello, desde el NCL, la idea de interpretación constitucional deberá estar limitada por la noción de poder constituyente como autoridad normativa suprema, que dota de legitimidad y juridicidad al ordenamiento jurídico.

Es importante precisar que, en Latinoamérica, las discusiones en torno a la interpretación constitucional han estado guiadas por dos ejes principales: la discusión entre la especificidad y la no especificidad de la interpretación constitucional; y la defensa del originalismo frente a la asunción de la Constitución viva (Vela, 2021, pp. 53-84). Así las cosas, las siguientes líneas atravesarán transversalmente estas discusiones, aclarando que se incorporará una visión en clave de poder constituyente.

En primer lugar, Guastini (2014) define las disposiciones normativas como «enunciado normativo contenido en una fuente del derecho» (pp. 77-78), mientras que por norma entiende «el contenido o significación del enunciado» (ibid.). Por tanto, entre disposición normativa y norma no existe una equivalencia terminológica, ya que de una disposición podrán desprenderse diferentes normas,

siendo competencia del intérprete escoger aquella que tendrá efectos en el orden jurídico. Al respecto, el profesor de Génova señala:

> Los significados no tienen una existencia independiente de los enunciados que los expresan. En otras palabras, la norma no es algo ontológicamente distinto de la disposición: es simplemente la disposición interpretada, o, desde otro punto de vista, un enunciado (interpretante) respecto del cual el intérprete asume la sinonimia con el enunciado interpretado (la disposición). (Guastini, 2014, p. 79)

En la actualidad, la doctrina ha centrado su estudio en la interpretación que realizan los tribunales constitucionales sobre los enunciados normativos señalados en la Constitución. De este modo, las discusiones tienen como foco la realidad o el momento histórico en que se otorga significado a las palabras y frases de la Constitución, reflejándose allí la idea del intérprete de la Constitución y los límites que tiene dicho intérprete. (Pulido, 2012, p. 125).

De este modo, la interpretación siempre será un proceso intelectivo del cual surge la norma a través de tres elementos del proceso hermenéutico. Así, el intérprete se ve compelido a adoptar un tipo de ideología de la interpretación, según los métodos que aplique para justificar la interpretación acogida y el resultado esperado. Sobre estas tres etapas del proceso hermenéutico se desarrollará el presente capítulo.

De la misma forma, deberá abordarse la noción de autoridad normativa para entender el grado de legitimidad de las mutaciones constitucionales o de las creaciones de derecho a través de la interpretación por parte de los jueces. Por ello, en un primer momento, sobre el concepto de autoridad normativa, Caracciolo (1991) dirá:

> El derecho de una cierta sociedad constituye un conjunto de normas que se presenta lingüísticamente como un conjunto de prescripciones. Su existencia implica que el comportamiento de sus miembros se encuentra reglado, esto es, se torna no opcional: con respecto a lagunas alternativas de acción, precisamente las previstas en el contenido de las normas, se tiene el deber de actuar o de no actuar. (p. 69)

La autoridad normativa se vale de la formulación de enunciados lingüísticos para permitir o prohibir determinada conducta. Adicionalmente, se requiere competencia para que dichos enunciados formen parte del sistema jurídico, lo que implica que el sistema contiene disposiciones que permiten, bajo determinados trámites o procedimientos, la creación de actos normativos. En consecuencia, el poder soberano faculta a determinadas autoridades para crear enunciados normativos tendientes a regular las relaciones sociales. (Caracciolo, 1991, pp. 71-73).

Respecto de la competencia se pueden distinguir tres tipos de normas: (1) aquellas que señalan el órgano titular del poder y los presupuestos para su ejercicio; (2) aquellas que determinan la tipología de actos que pueden realizarse y su procedimiento; y (3) aquellas que fijan el alcance de los efectos del acto normativo (López, 1992, p. 114). De cualquier manera, la competencia resulta ser un acto de la autoridad normativa que faculta a un órgano para la creación del derecho, siendo cualquier creación por fuera de esta competencia ilegítima por contrariar a la autoridad.

Del mismo modo, la autoridad normativa puede ser entendida como el traslado de una decisión a otra, restringiendo los márgenes de acción de determinado agente para aplicar su propio razonamiento ante una situación específica y dirigiendo su accionar.

Para Moral (2020, pp. 340-341), citando a Raz, el concepto de autoridad legítima hace referencia a una autoridad aceptada por sus destinatarios, lo que a su vez requiere una visión positivista que separe el derecho de la moral y explique las razones excluyentes de las normas. Así, en el NCL, las normas constitucionales deberán ser legitimadas desde un modelo democrático que permita la participación popular en su elaboración, eliminando las razones que posibiliten la creación de normas constitucionales por parte de los poderes constituidos.

Así las cosas, en todo sistema jurídico debe existir una autoridad normativa limitada por las propias reglas del sistema jurídico. No obstante, cuando se trata de constituciones democráticas, la autoridad soberana no se encuentra supeditada a ninguna otra autoridad, impidiendo que existan condicionantes o límites a su función soberana. Bajo esta premisa se diferencia la autoridad soberana de la autoridad facultada, teniendo esta última siempre los límites fijados por el constituyente. (López, 1992, p. 11).

De este modo, la autoridad normativa se asimila a un poder de modificar las razones que en un momento fueron prevalentes, permitiendo conductas que antes estaban prohibidas o prohibiendo otras que en su momento estaban permitidas. Desde este enfoque, la autoridad se relaciona con el poder, en tanto «la autoridad es la aptitud de cambiar las razones. El poder es la aptitud de cambiar un tipo especial de razones» (Raz, 1985, p. 34). Así, la autoridad es una especie de subpoder, entendiendo «que las normas son razones protegidas y que todas las expresiones autoritativas son expresiones de poder» (Raz, 1985, p. 34).

Bajo la perspectiva del NCL, solo al poder constituyente se le atribuye la capacidad de modificar el sentido de la norma constitucional, siendo los cambios propuestos por los poderes constituidos —sin competencia constituyente— cambios ilegítimos a la norma. Asimismo, la creación judicial carecería de

competencia constituyente, lo que desembocaría en una alteración del principio democrático, de la separación de poderes y del principio de soberanía popular.

De este modo, el papel interpretativo de los tribunales constitucionales encierra profundas tensiones con el concepto de autoridad normativa en el NCL, en tanto los jueces no podrán tener facultades creadoras del derecho que deriven en mutaciones constitucionales como patologías propias de un sistema jurídico que no garantiza la voluntad del soberano. Así las cosas, el papel del juez deberá estar limitado por el propio constituyente.

No cabe duda de la existencia de profundas indeterminaciones en los textos constitucionales, ya sea de manera intencional o no intencional por parte de la autoridad normativa, generándose así un escenario para la discrecionalidad de los jueces. Empero, la inexistencia de una regla jurídica específica para un caso concreto hace necesario adoptar modelos que regulen el proceso hermenéutico de los jueces (Raz, 1985, p. 243), más aún cuando se trata de modelos como los del NCL, que requieren que las decisiones judiciales se encuentren legitimadas democráticamente a través de los límites señalados por el constituyente.

Dicho lo anterior, y concluido el carácter patológico de las mutaciones constitucionales en el NCL, así como su incidencia en la reelección presidencial como institución que altera la ingeniería constitucional del sistema político, se hace necesario analizar las distintas aristas que desarrolla la interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de identificar posibles deficiencias del sistema que permiten la subversión de la Constitución por parte de la CCC. Así las cosas, en este acápite se aplicará un método deductivo, que tratará de desarrollar unas líneas generales en torno a los modelos ideológicos de la interpretación, para enseguida abordar los distintos métodos de interpretación utilizados por la CCC[94] y, finalmente, exponer algunos casos de análisis jurisprudencial que permitan comprender el peligro de la ausencia de límites a la interpretación constitucional, en tanto facilita la mutación de las normas constitucionales en detrimento de los intereses populares.

3.1.- Ideología, métodos y resultados interpretativos: una revisión general

Si bien en el capítulo uno de este trabajo se expusieron brevemente algunas ideas generales en torno a la ideología de la interpretación en el NCL, se hace necesario profundizar en este tema debido a su fuerte relación con los métodos de interpretación, ya que la ideología asumida por el constituyente predispone los métodos que guiarán la actividad hermenéutica.

94 La lista de métodos o criterios de interpretación de la Constitución utilizados por la CCC no es de carácter taxativa, sino que se tomaran los criterios más utilizados y desarrollados por el alto tribunal.

Considerando que los cambios constitucionales informales que no son propuestos por vías democráticas son una patología del Estado constitucional y, más propiamente, de la teoría de la Constitución del NCL, se hace imperioso estudiar la interpretación constitucional junto con su ideología y sus métodos. Ello se debe a la estrechísima relación entre cambio informal o mutaciones constitucionales y los ejercicios hermenéuticos llevados a cabo por los jueces de constitucionalidad.

De este modo, ideología y métodos pueden erigirse como límites a la función interpretativa de los jueces, sirviendo como mecanismos de contención frente a los ilegítimos cambios que pudiese proponer el intérprete sustituto de la Constitución. Así, bajo el postulado del constitucionalismo democrático, que busca limitar a todos los poderes públicos y defender la idea de la Constitución como obra del poder constituyente que solo puede ser modificada por el soberano, deberán establecerse límites ideológicos y metodológicos a la función interpretativa de los tribunales constitucionales.

La interpretación ha sido un término utilizado tanto para la actividad de definición de los vocablos o enunciados como para el resultado de dicha actividad. Guastini (1999) ha explicado que existen dos tipos de interpretación: una interpretación-conocimiento, anclada en «conocer o conjeturar el significado o los significados de una expresión determinada» (p. 203); y una interpretación-decisión, que se presenta cuando el intérprete propone un determinado significado a una expresión, esto es, cuando otorga preferencia a un significado sobre otro. (Guastini, 1999, p. 203).

La interpretación-decisión, a su vez, podrá clasificarse en aquellas interpretaciones que evocan un significado reconocido y aquellas que atribuyen un significado distinto a los ya reconocidos. Este tipo de interpretación conllevará naturalmente una facultad creadora en el intérprete (Guastini, 1999, p. 205). Ante la posible capacidad creadora normativa en cabeza de los jueces, que rompe con la autoridad normativa, se ha establecido la necesidad de generar restricciones jurídicas a la facultad interpretativa de los jueces, disponiendo reglas metodológicas que legitimen la decisión judicial y restrinjan el papel creador del juez.

Así, la diferencia entre aplicación y creación del derecho residirá en la sujeción del intérprete a una regla predispuesta por la autoridad normativa, limitando la discrecionalidad del intérprete y la escogencia del resultado interpretativo a través de un juicio moral. (Raz, 1985, pp. 246-250).

Ahora bien, el método, como procedimiento para llegar a un fin determinado, resulta extensible a la interpretación constitucional como guía, directriz o pauta para delimitar el significado de un enunciado normativo contenido

en el ordenamiento jurídico. En todo caso, los métodos de interpretación son aplicados ante la discrepancia sobre el significado de un enunciado normativo, ya sea por la indeterminación del lenguaje o por la contradicción entre normas de un sistema jurídico.

La multiplicidad de métodos de interpretación constitucional evoca, de cierta manera, una democratización de la Constitución Política, debido a que con la variedad de métodos y criterios se pretende distribuir el poder soberano en todos los ciudadanos, a partir del entendimiento o significación que estos puedan tener de los enunciados normativos constitucionales. Así las cosas, en sistemas de control de constitucionalidad como el colombiano, que permite una amplia participación popular en los mecanismos de defensa constitucional, se busca la apertura interpretativa de la Constitución, así como «una interpretación abierta a la ciudadanía a interpretar su propia Constitución». (Arévalo & García, 2018, p. 396).

Esta variedad de métodos interpretativos, sin reglas que regulen su aplicación, conlleva un carácter dinámico de la Constitución, al permitir que la voluntad popular sea maleable según las condiciones particulares de un momento histórico. Por ello, el intérprete podrá utilizar determinado método de interpretación según la posición que quiera adoptar frente al significado del texto constitucional.

En este caso, ha sido frecuente por parte de la CCC el uso parcializado de determinados métodos de interpretación para justificar sus posiciones hermenéuticas, utilizando uno u otro método, ya sea de manera parcial o conjunta, para sostener una hipótesis jurídica. [95] De esta forma, la libertad de métodos de interpretación tiene dos aristas: una ausencia de ideología del intérprete constitucional, que permite que cada quien adopte su ideología propia; o una ideología del intérprete tendiente al activismo, dada la ausencia de criterios interpretativos.

De esta manera, la interpretación constitucional tiene una ideología preestablecida por el poder constituyente como órgano fundador del texto supremo. Sin embargo, dicha ideología resulta trasladada al intérprete cuando este emplea ejercicios hermenéuticos para darle sentido o significado a determinado enunciado normativo. Por ello, la ausencia de límites interpretativos por parte del poder constituyente deja un vacío ideológico que será asumido por el intér-

95 Por ejemplo, en la sentencia C-372 de 2016 la CCC solo utiliza los métodos de interpretación histórico y sistemático para declarar la exequibilidad de los articulo 109 y 110 del Código Penal Militar. Mientras que en la sentencia C-122 de 2011 utilizaría los métodos de interpretación teleológico, sistemático, histórica y gramatical.

prete designado por el constituyente. Dada la importancia de la ideología en la interpretación, esta será descrita de la siguiente manera:

> De tal haz de valores, surgen unas características muy homogéneas del grupo social por vivir bajo una misma cosmovisión; de modo tal que esa «visión del mundo» orienta no solo lo político sino todo el modo del ser social asumiéndose por todos de un modo inconsciente; mientras, las ideologías son un acto siempre consciente. Por ello, a nivel de interpretación, siempre existirá una relación entre derecho y visión del mundo. (Mercado & Echeverría, 2015, pp. 109-110)

Esto implica que la interpretación de la Constitución se encuentre circunscrita a una forma especial de descifrar y entender los enunciados constitucionales.

En este punto, es importante diferenciar entre la ideología de la interpretación, los criterios de interpretación y los alcances de la interpretación. En primer lugar, Villoro (2015) entiende la ideología como el condicionamiento social de carácter previo que tiene una función objetiva de mantener el dominio de un grupo social. Asimismo, Di Pasquale (2012) señala sobre la ideología:

> Uno de los rasgos centrales al que se ha arribado radica en comprender que el proceso ideológico no es un fenómeno abstracto o metafísico, aislado del medio social, sino que esta inserto en las experiencias históricas de los sujetos, de sus prácticas y sus representaciones. Así pues, la ideología asume movimientos permanentes y reviste un carácter flexible en su vinculación con el registro sociohistórico.
>
> (…)
>
> Una ideología se propone señalar —a grandes rasgos— sentidos de los actos colectivos, trazar el modelo de la sociedad legitima y de la organización, indicar simultáneamente a los detentores legítimos de la autoridad, los fines que la comunidad debe proponerse y los medios para alcanzarlos. (pp. 108-109)

Desde una visión conceptual de la ideología de la interpretación, Gómez (1999) propondrá la siguiente definición: «Definimos a las ideologías judiciales como el sistema de opiniones y valores susceptibles de influenciar o condicionar el comportamiento de los jueces, se considera ideología aquel conjunto de postulados y valoraciones que determinan como toma el juez sus decisiones» (p. 13). De esta definición puede señalarse que la ideología de la interpretación jurídica en general estudia cómo el intérprete jurisdiccional cuenta con una idea propia del derecho, una idea de la función del juez y del contexto sociológico que expresa. (Gómez, 1999, p. 14).

Por ello, la idea de derecho considera: (1) que el intérprete evoca el carácter normativo o político dentro del derecho; (2) que la función del juez se encontrará circunscrita a su papel de creador o mero aplicador del derecho; y (3) que

el contexto sociológico se refiere indefectiblemente al carácter dinámico o no de los significados de los textos normativos.

Prieto Sanchís (1987, pp. 186-187) señala que los elementos ideológicos no pueden ser eliminados del derecho positivo. Por ello, se hace necesario que el intérprete motive sus decisiones con el fin de justificar externamente el resultado de la interpretación. Con todo, es necesario distinguir entre la autoridad normativa y quien aplica la norma, debiendo el juez justificar el proceder de su actividad o competencia otorgada por el constituyente. De este modo, la legitimidad del juez no procede de los procedimientos democráticos propios de las autoridades normativas, sino que dependerá de la justificación racional de sus decisiones. Esto no implica más que revisar el procedimiento hermenéutico mediante el cual el tribunal constitucional llega a una decisión.

En este punto, conviene acompañar lo anteriormente explicado con la diferencia que suscita la interpretación frente a la aplicación, en tanto se trata de dos fases distintas pero complementarias. Entre ambos conceptos se presenta una relación teleológica, pues la interpretación del enunciado normativo es un medio para la aplicación de la norma a un caso concreto. (Balaguer, 2022, p. 182).

Ahora bien, dentro de las tipologías de ideologías de la interpretación, Gómez (1999, p. 16) señala tres clases: una ideología de la decisión vinculada o determinada; una ideología de la decisión libre; y una ideología de la decisión legal y racional. La ideología de la interpretación vinculada se refiere a un juez que aplica el derecho, pero no tiene ningún tipo de capacidad creativa, encontrándose la decisión judicial circunscrita únicamente al texto normativo. Este tipo de ideología se erige sobre la idea de que el ordenamiento jurídico es pleno, completo y cerrado, acudiendo a la lógica formal y a elementos psicológicos propios del método histórico. (Gómez, 1999, p. 16).

La ideología de la libre decisión judicial se asocia a un juez que rechaza la idea positivista y, por el contrario, adopta sus decisiones de manera creativa, creando una escala de valores contenida o no en el ordenamiento jurídico (Gómez, 1999, p. 17). Finalmente, una ideología de la decisión legal y racional resulta ser una tesis ecléctica que dirige al juez a la observancia estricta del texto normativo cuando este es preciso y a la libertad interpretativa cuando la norma no es precisa. En este último evento, el intérprete puede moverse dentro del sistema de valores creado por la autoridad normativa, pero no podrá contrariar la norma que interpreta, debiendo justificar sus decisiones. (Gómez, 1999, p. 18).

Vista esta clasificación, la ideología de la interpretación constitucional abarca cuatro aspectos fundamentales desde una teoría de la Constitución: (1) el concepto de Constitución y derecho que afronta el intérprete; (2) el concepto de poder constituyente; (3) el concepto de legislador; y (4) el concepto de juez

constitucional. De este modo, la ideología de la interpretación constitucional presentada se sustenta en las competencias que tienen determinados órganos dentro del ordenamiento jurídico y, a su vez, en la función que cumple la Constitución dentro del sistema jurídico.

Así, nótese cómo la ideología de la interpretación comparte elementos que permiten demostrar que las mutaciones constitucionales dependen del significado histórico del concepto de Constitución, de la relación entre poder constituyente, soberanía y modalidades de reforma constitucional. (Storini, 2022, p. 369).

En el NCL, estos interrogantes llevan a que el intérprete deba estar dirigido hacia una ideología de la interpretación que contemple: (1) una ideología normativa de la Constitución como texto supremo que debe ser protegido y garantizado por el juez constitucional; (2) una ideología que contemple al pueblo como poder soberano y único poder constituyente, fijando límites ontológicos y materiales a los cambios constitucionales no realizados por el poder constituyente; (3) una ideología de respeto a la función legislativa como órgano democrático y autoridad normativa de segundo orden por estricto mandato del constituyente; y (4) una ideología del juez constitucional como legislador negativo.

Por otra parte, una segunda visión de la ideología de la interpretación jurídica puede ligar los resultados interpretativos de los jueces a unos límites establecidos por el poder soberano, con el fin de legitimar su accionar mediante una serie de lineamientos, directrices, guías o métodos dirigidos a una finalidad política. Bajo esta línea, Guastini (2014, p. 369) presenta dos tipos de ideologías de la interpretación según el discurso que se adopte frente a la interpretación: una ideología anclada en un discurso prescriptivo, fundamentada en la creación de métodos y directivas para la correcta interpretación de un texto normativo que dirigen previamente el ejercicio hermenéutico del juez; y un discurso valorativo, que consiste en evaluar la interpretación de un enunciado a posteriori.

Esta ideología, en el NCL, se encontrará ligada a la defensa de la soberanía popular en cabeza del pueblo y, en consecuencia, a la imposibilidad de que los poderes constituidos subviertan la voluntad popular plasmada en el texto normativo. Así, la ideología sirve como una finalidad legitimadora que permite al intérprete, en caso de duda, escoger aquel resultado que más se adecue a la voluntad constituyente plasmada en el texto.

Una tercera visión que condensa los argumentos expuestos será la desarrollada por Wroblewski (1988, pp. 73-75), debido a que, a juicio del autor, existen dos tipos de ideologías de la interpretación según la modificación de las normas constitucionales a través de la interpretación: una ideología estática de la interpretación y una ideología dinámica de la interpretación.

Desde una posición estática, puede señalarse que se trata de aquella ideología que privilegia la certeza, estabilidad y predictibilidad de las decisiones judiciales, entendiendo que los enunciados normativos tienen un significado estable y que el cambio normativo debe producirse desde la autoridad normativa.[96] Por tanto, el significado de un enunciado normativo no es modificable mientras el mismo enunciado no se vea alterado formalmente. Ello implica una ideología que atribuye la formulación de la norma única y exclusivamente a la autoridad normativa. De este modo, la ideología estática privilegia aquellos métodos de interpretación que analizan retrospectivamente la norma, eliminando cualquier tipo de adaptación o creación judicial e impidiendo el cambio informal por ir en contra de la certeza, estabilidad y predictibilidad del derecho. (Castro, 2016, p. 336).

Una ideología dinámica de la interpretación implica la necesidad constante de adaptar el texto normativo a las situaciones sociales presentes y futuras, entendiendo que la realidad fáctica siempre se encuentra por delante de las normas. Bajo esta idea, la interpretación deberá adecuarse a la realidad social en la que se realiza el ejercicio hermenéutico, permitiendo que la norma sea modificada según el contexto, lo que indefectiblemente transfiere una facultad creativa del derecho a la interpretación jurisdiccional en manos de los jueces. (Wroblewski, 1988, pp. 75-77).

Ahora bien, según la ideología de la interpretación que se adopte, se garantizará en mayor o menor medida el cumplimiento de las normas constitucionales. Así, en una ideología estática, el cambio constitucional se formulará desde los procedimientos señalados por el poder constituyente, generándose una barrera frente a los poderes constituidos. Mientras tanto, en una ideología dinámica de la Constitución, se adoptarán cláusulas abiertas que permiten el cambio de la norma según las circunstancias sociales, entregándose un margen desbordado de competencias a los jueces, quienes podrían ejercer funciones políticas al momento de interpretar. (Wroblewski, 1988, pp. 78-79).

---

96 Al respecto WROBLEWSY, (1988) señala sobre las bases de la interpretación estática_ "El corolario teórico de los valores estáticos es la construcción del significado de una regla como la voluntad del legislador histórico. Esta voluntad es un hecho psicológico y este carácter factual del significado importa aquí más que cualquier explicación concreta del proceso psíquico del legislador. El significado es un hecho psíquico; la teoría del significado pertenece a las semánticas mentalista. (…). Se considera, por tanto, al lenguaje como expresión de la voluntad del legislador histórico. La regla que se expresa en un lenguaje legal tiene un significado determinado que podría y debería descubrirse a pesar de todas las deficiencias de las formulaciones del legislador. No se niega la contextualidad de este significado, ya que el contexto relevante influye en la decisión del legislador. Es consiguientemente, un contexto histórico el que determina el lenguaje del legislador"

Del mismo modo, atendiendo a la capacidad de modificar las reglas por parte de los jueces según las circunstancias sociales, Castro (2016), citando a Sagüés, señala que para entender la interpretación de la Constitución es necesario descifrar el concepto de Constitución dentro de un sistema jurídico. Así, expone que existen dos conceptos contrapuestos: la idea de la «Constitución estatua» y la idea de la «Constitución viviente».

Respecto de la Constitución estatua, se destacará que se trata de aquella visión que considera la rigidez e inmutabilidad del texto debido a un sistema de reglas predispuestas que deben ser acatadas en virtud del respeto a la voluntad constituyente. De este modo, se trata de una Constitución que debe ser obedecida por los poderes constituidos según las intenciones del constituyente, por lo que se debe apelar al subjetivismo e intencionalismo del poder constituyente. Por otra parte, la Constitución viviente se concibe como aquel texto que se transforma de manera constante debido a la modificación de las realidades sociales, generándose un proceso de cambio continuo en el que el juez asume una función de construcción jurídica del texto normativo a partir de elementos extrasistémicos al ordenamiento jurídico. De este modo, para el autor argentino, las constituciones encierran el debate entre interpretaciones originalistas o evolutivas, situación que refleja una ideología de la interpretación, pero también de la Constitución misma.

En este sentido, los modelos ideológicos de interpretación constitucional presentan diferencias entre sí según el concepto que se tenga de Constitución, poder constituyente, legislador y juez constitucional. En la ideología de la interpretación estática, la Constitución se percibirá como un texto rígido e inmutable, que debe respetar el sentido primigenio asignado por el poder constituyente dada su autoridad normativa. Se contempla, entonces, un poder constituyente histórico, al que el juez deberá recurrir mediante la voluntad original. Por tanto, se concibe un juez sin facultades de creación normativa, ya que dichas facultades se encontrarán en cabeza del legislador cuando se trata de desarrollar los textos constitucionales o, de manera directa, en el poder soberano cuando lo que se busca es modificar explícitamente el texto supremo.

En la ideología de la interpretación dinámica, la Constitución será un texto flexible que se adapta a las realidades sociales de un momento determinado. Allí se contempla un concepto de poder constituyente ahistórico que no indaga por su intencionalidad, sino que busca dar perpetuidad al texto mediante ejercicios de interpretación, teniendo el juez constitucional verdaderas facultades de creación normativa en detrimento de las competencias del legislador.

De este modo, una posición activista del juez constitucional se encuentra asociada a una ideología de la interpretación dinámica, mientras que una teo-

ría de la interpretación estática refleja una doctrina ligada a la idea de un juez limitado por la voluntad constituyente plasmada en el texto constitucional. Lo anterior puede sintetizarse de la siguiente forma:

▶ Tabla 12. Características de las ideologías de la interpretación

Ideología interpretativa	Concepto de Constitución	Concepto de poder constituyente	Concepto de juez constitucional	Concepto de legislador
Ideología estática	Rígida e inmutable	Histórico	Limitado	Mayor capacidad normativa
Ideología dinámica	Flexible y mutable	Ahistórico	Creativo y activista	Menor capacidad normativa

Fuente: Elaboración propia

De lo anterior se denota que la interpretación no solo se produce cuando existen lagunas en el derecho o se presentan casos no regulados, sino que se trata de una condición propia de la ideología del intérprete. En efecto, aunque la norma no tenga contradicción con otra o no exista una laguna, el intérprete podrá otorgarle o no una nueva significación que permita su adaptación a nuevas circunstancias fácticas. Desde este postulado, los tribunales constitucionales usan la interpretación para aplicar el derecho, pero también para crear nuevas normas. No obstante, el papel del tribunal como creador de derecho se sustenta, en principio, en la falta de regulación de la disputa entre normas, existiendo una laguna que no proporciona solución a un caso concreto, lo que le permite asumir una faceta integradora. (Raz, 1985, pp. 229-230).

Empero, se considera que las disputas no siempre deben contar con una regulación específica o una solución concreta previa, sino que lo relevante es limitar la faceta procedimental de la interpretación jurídica, legitimando las decisiones de los tribunales constitucionales mediante reglas metodológicas claras.

Bajo la teoría del NCL, anclada en la defensa del poder constituyente como autoridad legitimadora del orden jurídico, el modelo ideológico más acorde será el de una Constitución estática, que evita las mutaciones constitucionales como patologías del sistema jurídico. Lo anterior, por cuanto todo cambio constitucional deberá devenir del mismo poder constituyente, cercenando cualquier posibilidad de cambio constitucional por vías informales de los poderes constituidos y garantizando el principio democrático y de separación de poderes como eje central del sistema constitucional.

Continuando, los métodos se encontrarán definidos como aquellas directrices, guías o técnicas a través de las cuales el poder constituyente dirige el accionar interpretativo del juez constitucional hacia la voluntad del poder soberano. Esto implica que el juez constitucional se encuentra ligado a los límites del método señalado por la autoridad normativa. Guastini (1999) describe que las técnicas de interpretación tienen como punto de partida el enunciado normativo, para así descifrar su significado. Así las cosas, señala el profesor italiano:

> Dicho procedimiento puede ser considerado ya sea como procedimiento intelectual, que tiene lugar en la mente del intérprete, ya sea como discurso: el discurso público mediante el cual el intérprete ofrece unos argumentos para sostener la interpretación elegida. (p. 50)

Del mismo modo, Gascón y García (2003, p. 187) indican que los métodos de interpretación son una manifestación de respeto hacia la autoridad normativa, en tanto pretenden establecer lo dicho por el órgano creador y dirigir al intérprete hacia la intención constituyente. Los métodos de interpretación serán entonces «instrumentos interpretativos con los que se formula determinada interpretación», que preceptúan cómo debe llevarse a cabo la actividad hermenéutica por parte del operador jurídico, teniendo una doble connotación: (1) formular la interpretación correcta; y (2) justificar la interpretación. No obstante, los métodos de interpretación no ofrecen necesariamente un resultado interpretativo específico, pero sí dotan de razones a la decisión.

De este modo, los métodos clásicos de interpretación evocan una suerte de racionalidad de diferentes tipos: racionalidad lingüística, racionalidad sistemática y racionalidad axiológica. Así, los alcances de la interpretación se encuentran ligados a los efectos prácticos que tiene la ideología de la interpretación a través de los métodos interpretativos, restringiendo o extendiendo los efectos de una interpretación a determinadas situaciones fácticas.

Más modernamente, desde un punto de vista conceptual y desde los resultados interpretativos, la ideología de la interpretación constitucional podría concentrarse en la discusión entre teorías originalistas y teorías de la Constitución viva, en tanto ambas encierran una idea propia frente al concepto de Constitución, juez constitucional, legislador y poder constituyente, estableciendo una finalidad política del texto supremo; esto es, empleando un criterio de resultado de la interpretación constitucional. Así, en la justicia constitucional, la contraposición ideología estática/ideología dinámica puede ser asimilada a la contraposición ideología originalista/ideología de la Constitución viva, en tanto la primera relación puede referirse a cualquier norma del ordenamiento jurídico, mientras que la segunda concentra su debate en la Constitución como

objeto de interpretación. No obstante, los ejes centrales de cada tipo de relación de contraposición resultan similares desde su fundamentación.

3.1.1.- Una ideología de la interpretación a través del cambio constitucional: desempolvando el debate entre originalismo y Constitución viva

Vela (2021, pp. 63-64) señala que, en torno a la interpretación de la Constitución, se han dado dos principales disputas jurídicas. En primer lugar, el debate sobre el carácter específico de la interpretación constitucional, esto es, la necesidad de adoptar modelos, criterios y métodos de interpretación distintos a los de las demás normas, en tanto los métodos ordinarios resultan insuficientes para interpretar la Constitución. No obstante, donde se centra un especial interés es en la segunda disputa: aquella que gira en torno a cómo debe interpretarse la Constitución; es decir, la ideología o actitud que debe desempeñar el juez constitucional al interpretar el texto supremo.

En relación con la actitud interpretativa del juez constitucional, se destaca un análisis inherente al papel de respeto que debe guardar el juez frente a la voluntad constituyente o, por el contrario, a una actitud dirigida hacia los cambios constitucionales. No obstante, respecto de la actitud del intérprete, los criterios de interpretación jugarán un papel especial en la actividad desarrollada por el juez, en tanto denotarán una u otra actitud interpretativa.

Respecto de esta segunda disputa, se evidencia la controvertida discusión entre teorías originalistas y teorías no originalistas. En el caso del originalismo, el juez recurre a métodos como el histórico y el gramatical; mientras que, en las posiciones no originalistas, el juez adopta métodos evolutivos. (Vela, 2021, p. 64).

Así las cosas, la ideología de la interpretación constitucional se encuentra primordialmente circunscrita a dos descripciones diversas de la Constitución: (1) la teoría normativa de la Constitución, que concibe el texto como una estructura normativa superior que determina la validez de las demás normas del sistema jurídico; y (2) la teoría sociológica, que describe la Constitución como un medio que permite establecer la identidad de una nación a partir de prácticas colectivas positivizadas. No obstante, también se presenta una tesis conciliadora que pretende describir la Constitución como un texto normativo que determina la validez de las demás normas jurídicas y establece límites a los poderes constituidos, pero también como una norma viviente que se integra a elementos extrasistemáticos. (Zuluaga & Zuluaga, 2018, pp. 258-259).

Por otra parte, la hermenéutica es concebida como el arte de interpretar un texto, estableciéndose reglas y directrices para ofrecer soluciones ante escenarios de ambigüedad normativa. Esta visión conlleva reconocer un carácter eminentemente normativo de la hermenéutica jurídica, guiando al intérprete hacia la

aplicación de determinadas reglas para encontrar el significado de la norma. (Streck, 2013, pp. 23-24).

La hermenéutica como interpretación tendrá dos definiciones contrapuestas. Una primera definición se centra en determinar el alcance, extensión, significado o sentido de una norma jurídica; mientras que una segunda la concibe como un ejercicio de valoración, elección y decisión (Guastini, 1997, p. 121). Este segundo concepto permite entender, ineludiblemente, que el juez, al momento de interpretar la norma, tiene en cuenta elementos subjetivos orientados por su propia cosmovisión u orientación política, encontrándose siempre implícito algún tipo de ideología dentro de la interpretación constitucional (Zuluaga & Zuluaga, 2018, p. 261). Asimismo, dicha subjetividad será amplificada en estructuras normativas donde el poder constituyente establece enunciados abiertos de tipo principialista, que promueven de manera intencional la indeterminación normativa, como se verá más adelante.

Los principales fenómenos de los cuales surge la interpretación de los jueces constitucionales se encuentran fijados en fenómenos lingüísticos, dado el ya señalado carácter abierto de las normas constitucionales, y en el fenómeno cultural, que exige la evolución constante de las sociedades. Del mismo modo, Pulido (2012, p. 126) ha señalado que, en la actualidad, el problema de la interpretación radica en determinar la influencia que tienen los textos normativos en las decisiones judiciales, dividiendo las teorías entre aquellas de carácter textualista, que limitan la interpretación a partir de los mismos enunciados normativos, y aquellas extratextualistas o sociológicas, que consideran que el objeto de interpretación no depende de los enunciados normativos contenidos en el texto constitucional.

El fenómeno lingüístico se encuentra asociado a la ambigüedad y vaguedad de los enunciados normativos. Respecto de la ambigüedad, podrá darse una ambigüedad semántica cuando el enunciado normativo admite una pluralidad de significaciones por parte del intérprete; una ambigüedad sintáctica cuando el enunciado ofrece varias significaciones a partir de su estructura lógica; y una ambigüedad pragmática cuando el enunciado no permite identificar el acto lingüístico que pretende cumplir. Mientras tanto, la vaguedad del lenguaje se circunscribe a «una propiedad de referencia del lenguaje». (Guastini, 1997, p. 124).

Ahora bien, el fenómeno cultural evoca una dimensión sociológica de la Constitución como texto que evoluciona frente a los cambios sociales y que, por el contrario, no puede permanecer estático ante nuevas realidades. De allí que la interpretación deba ser adecuada a la realidad de cada generación, con el

fin de reconocer la evolución de la sociedad con el paso del tiempo. (Zuluaga & Zuluaga, 2018, p. 262).

La interpretación de los jueces constitucionales ha sido delimitada desde un punto de vista jurisdiccional y, a su vez, político, teniendo como razón el cuestionamiento de los métodos de simple subsunción, lo que hace necesario ver al juez constitucional como un actor dentro del proceso político en la definición de asuntos de especial trascendencia para la comunidad política.

En todo caso, el eje de los estudios doctrinarios sobre los métodos de interpretación se ha concentrado en dos ideologías antagónicas: el originalismo y la Constitución viviente. El originalismo será entendido como aquella tesis que busca garantizar la estabilidad y permanencia del texto constitucional bajo un mismo significado, protegiendo los elementos esenciales establecidos por el poder constituyente y remontándose al contenido histórico y original del texto constitucional. Es menester hacer énfasis en que esta ideología retoma métodos históricos que pretenden otorgar un significado a los enunciados normativos acorde con el momento de expedición de la Constitución (Arévalo & García, 2018, pp. 405-406). Por esto, el juez es concebido como un mero aplicador de la voluntad plasmada en el texto constitucional y como un poder sujeto al poder soberano.

Los modelos de interpretación originalista señalan que las decisiones de los tribunales constitucionales deben guiarse por el cumplimiento irrestricto de la norma constitucional. Este mismo método introduce como idea política que los vacíos, indeterminaciones o vaguedades del texto deben ser cubiertos y resueltos por el legislador como órgano de mayor legitimidad democrática. Por ello, los jueces solo pueden reconocer derechos si explícitamente el constituyente los estipuló en el texto constitucional. (Pulido, 2012, p. 136).

Del mismo modo, los modelos originalistas buscan generar límites a la interpretación del intérprete a partir del momento histórico en que se redactó el texto constitucional, apelando a los métodos histórico y literal. Bajo esta idea, los modelos originalistas se han dividido en textualistas e intencionalistas, teniendo como principal diferencia el método de interpretación que utiliza el intérprete para desentrañar el significado del texto constitucional (Pulido, 2012, p. 136). Carbonell (2012, p. 350) señala que este tipo de postura tiene una connotación restrictiva, que busca evitar que el texto constitucional sea manipulable por los jueces, manteniendo la ideología de la Constitución acogida al momento de la creación del texto constitucional. [97]

[97] Indica Carbonell (2012) al respecto: "Las tesis contrarias a la idea de Constitución viviente se agrupan bajo la etiqueta del "originalísmo", que propugna interpretar la Constitución

Los textualistas centran los límites de la interpretación desde una perspectiva declarativa guiada al significado explícito de la Constitución, lo que permite al texto constitucional tener vocación de permanencia en el sistema jurídico, evitando las mutaciones constitucionales por parte de los poderes constituidos. En todo caso, los textualistas no defienden la idea de que la Constitución tenga todas las respuestas a todos los supuestos fácticos que se presenten en el desarrollo social, ya que al legislador se le entrega la posibilidad de definir los sentidos no previstos explícitamente por el constituyente. (Pulido, 2012, pp. 136-137).

Por otra parte, los intencionalistas defienden la idea de que la actividad interpretativa está guiada a desentrañar la voluntad de los redactores de la Constitución. Dentro de los intencionalistas se presenta una subclasificación donde se distingue entre originalistas clásicos y neooriginalistas. Los originalistas clásicos se preocupan única y exclusivamente por la intención del creador de la norma, mientras que los neooriginalistas enfocan sus esfuerzos en descifrar las condiciones en las que fue promulgado el texto constitucional. En ambas doctrinas, el problema del originalismo radica en los elementos que se toman para descifrar la intención de la autoridad creadora del texto. (Pulido, 2012, p. 137).

Frente a este problema, Sagüés (2009) señala que los modelos originalistas requieren una tarea exegética por parte del intérprete a partir de los mismos elementos que ofrece la Constitución y sus autores, lo que imposibilita, de entrada, que el intérprete recurra a elementos extraconstitucionales. En efecto, señala el profesor argentino:

> Hemos concluido que, desde esta perspectiva, la Constitución paree ser una estatua, o si se quiere, un testamento. El intérprete pasa a ser una surte de albacea, en el sentido de que únicamente será leal con la Constitución desde el momento en que cumpla a pie juntillas las ideas del autor del documento, o sea, el constituyente histórico. (p. 5)

En otro sentido, los modelos extrínsecos enfocan su análisis en modelos doctrinalistas, donde no se hace necesario que el intérprete acuda al texto constitucional cuando ya existe un precedente frente a la cuestión; modelos hiperracionalistas, anclados en la dependencia de criterios formales y de procedimiento por los cuales se arriba a la decisión judicial; y, finalmente, modelos jurisprudenciales, donde se analiza el texto constitucional conforme a un caso específico (Pulido, 2012, p. 138). En todo caso, los modelos extrínsecos buscan

---

de forma estricta, según sus palabras o según la intención de los redactores del texto. Para los oiginalistras, no hay dilema alguno que resolver ya que la Constitución– a pesar de haber sido escrita hace más de doscientos años sigue ofreciendo respuestas adecuadas a los problemas presentes." (p. 350).

desentrañar los valores intrínsecos del texto constitucional para establecer el significado de un enunciado normativo. (Pulido, 2012, p. 153).

Torres (2014) explica que el originalismo protege frente a la posibilidad de que los jueces usurpen las calidades y competencias de las autoridades normativas, evitando que antepongan sus ideologías y criterios personales sobre la voluntad del constituyente. Esta idea podría fundamentarse bajo los siguientes argumentos: (1) aunque pudiesen existir desacuerdos sobre los efectos o alcances de una norma constitucional, siempre la Constitución presenta un significado objetivo, por lo que el intérprete debe recurrir al significado original de las palabras de quienes crearon el texto constitucional. Una interpretación contraria llevaría «a un escenario posible donde el pueblo podría entender que fue engañado al creer que el texto de una cláusula constitucional significaba algo distinto a lo que los tribunales interpretarían posteriormente» (Torres, 2014, p. 263). En segundo lugar, el carácter abierto de la Constitución se encuentra dirigido a que el legislador desarrolle los mandatos constitucionales (Torres, 2014, p. 263). Incluso, desde una ontología del poder constituyente, sería plausible que el pueblo, a través de procedimientos democráticos, definiera los sentidos de la Constitución.

Las teorías originalistas encuentran un fundamento político que acepta la fuerza normativa de la Constitución emanada de la voluntad popular plasmada en el texto, a través del convencionalismo que obliga a respetar la voluntad original del constituyente. En todo caso, cuando el juez constitucional encuentre vacíos jurídicos de la norma, estos deberán ser sometidos al debate democrático, impidiendo que el juez constitucional desborde la voluntad original del texto (Arévalo & García, 2018, pp. 409-411). De este modo, las teorías originalistas tienen como principales métodos de interpretación el gramatical y el histórico.

De modo contrario, una ideología de la interpretación de la Constitución viva entiende que los significados de los enunciados normativos deben ser interpretados conforme al momento histórico, social y político en que se realiza el ejercicio hermenéutico. Esto implica que el significado del enunciado normativo se modifique constantemente con el paso de los años de vigencia de la Constitución, obviando los sistemas de cambio formal señalados por el propio constituyente y recurriendo a la jurisprudencia como mecanismo de actualización (Arévalo & García, 2018, p. 406). Esta ideología reporta un juez constitucional no sujeto a límites, que en vez de garantizar la voluntad popular actúa como un verdadero actor político.

Ahora bien, la ideología de la interpretación de la Constitución viva se asocia a una ideología activista del juez constitucional, que permite que este adecue las normas constitucionales a las realidades sociales a partir de una interpreta-

ción evolutiva (Guastini, 2008, p. 65). Así las cosas, este tipo de interpretación abandona el sentido literal de los enunciados normativos, desarrolla una interpretación evolutiva de disposiciones normativas y crea normas implícitas dentro de cada enunciado (Zuluaga & Zuluaga, 2018, p. 264). Esta ideología permite que los jueces constitucionales sean vistos como creadores de derecho, con el fin de adaptar las normas constitucionales a las realidades sociales, considerándose una ideología sin límites para el intérprete (Guastini, 2008, p. 65). Ahora bien, una teoría evolutiva contempla el derecho como un sistema sin lagunas, teniendo en cuenta que:

> Se considera que los principios constitucionales son capaces de regular cualquier materia posible, de modo que en el derecho constitucional no queda ningún espacio vacío —ningún *rechtsleererraum*— en que el legislador pueda decidir lo que quiera, ya que siempre habrá una norma constitucional para cada ley ordinaria con la que se podrá confrontar para decidir sobre su conformidad con la constitución. (Guastini, 2008, p. 65)

Por otra parte, el modelo ideológico de la *living constitution* busca generar una menor limitación del intérprete a la voluntad del creador del texto constitucional. Por ello, desde un plano estructural, el constituyente puede apelar a cláusulas innominadas de derechos, catálogos implícitos, conceptos indeterminados, entre otros, con el fin de prever una constante actualización normativa. En todo caso, como indica Sagüés (2009), el intérprete puede recurrir al significado de las palabras del momento en que se realiza la actividad interpretativa, y no al momento de la creación, descontextualizando la norma propuesta por el constituyente.

En todo caso, una ideología de la Constitución viviente se aleja del plano eminentemente interpretativo y busca generar una ruptura del originalismo:

> En concreto postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto a la «interpretación», entiende que en realidad no se trata de «interpretar» un documento (lo cual supone hallar en el sentido de que se debe dársele a la Constitución), sino de elaborar respuestas constitucionales conforme las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual. En definitiva, se arriba así a un no interpretativismo versión aguda del activismo judicial. (Sagüés, 2009, p. 7)

Por ello, la ideología de la Constitución viva antepone un elemento sociológico al carácter normativo de la Constitución, entendida como un texto normativo cambiante y dinámico, sujeto a constantes transformaciones a través de las mutaciones constitucionales (Sagüés, 2009, p. 7). En todo caso, la disputa

teórica entre Constitución viva y originalismo centra su análisis en el sometimiento de una generación —creadora del texto constitucional— sobre las generaciones venideras o futuras (Sagüés, 2009, p. 8). No obstante, en el NCL el cambio hace parte de la ontología misma de esta teoría de la Constitución, teniendo además un especial eje emancipador que busca los cambios sociales a través de la democracia misma.

Como gran crítica a la ideología de la Constitución viva se presenta la ausencia de seguridad jurídica de las decisiones judiciales, en tanto se trata, en esencia, de significados cambiantes y dinámicos, lo que termina desembocando en una flexibilización de los contenidos constitucionales. Ahora bien, estructuralmente una ideología de la Constitución viva se vale de aquellas constituciones que establecen mecanismos supremamente agravados para su reforma, entregándole competencia al juez constitucional para que, vía interpretación constitucional, actualice por vías no democráticas el texto constitucional.

En todo caso, una ideología evolutiva o de la Constitución viva rompe con la idea democrática del consenso, cercenando de la amplia discusión pública los temas que de una u otra forma no fueron explicitados por el constituyente (Sagüés, 2009, p. 10). Además, plantea el problema del operador que, al ser un órgano jurisdiccional, carecería de legitimidad democrática.

Ahora bien, toda interpretación evolutiva anclada en elementos sociológicos corre el peligro de distorsionar la realidad por parte del intérprete, condicionando su decisión a intereses personales, prejuicios o ideologías (Sagüés, 2009, pp. 14-15). Por esto, muy difícilmente el juez constitucional puede conciliar un criterio social predominante y unánime (Sagüés, 2009, p. 15). Al respecto, Sagüés (2009) propone como límites de la interpretación evolutiva:

> Con base en esto, algunas veces se producen «reformas» constitucionales informales («mutaciones») por vía de interpretación que en la realidad terminan por imponerse. En la interpretación mutativa, el texto constitucional permanece incólume (como una especie de estuche), pero su contenido cambia. (p. 16)

Ahora bien, la interpretación evolutiva comparte con el derecho internacional su carácter intemporal, en tanto se trata de un derecho cambiante y dinámico, posibilitando que normas creadas en el pasado sean contextualizadas a las nuevas realidades sociales. Esto es:

> (…) el derecho intemporal como el principio de interpretación evolutiva responden al cuestionamiento de la aplicación del derecho en el tiempo, estableciéndose, por la interpretación evolutiva, la necesidad de interpretar hechos pasados a la luz de las condiciones de vida vigentes al momento de emitir la sentencia, lo cual resulta un planteamiento similar al establecido por la segunda rama del derecho intemporal. (Rubio, 2016, p. 84)

Por otra parte, se ha asociado el activismo a una idea progresista que permite una supuesta «evolución» de los textos constitucionales, considerándose como un valor de los tribunales constitucionales que asumen estas posiciones activistas en favor de los derechos. Empero, el activismo evoca más bien una suerte de completa libertad y discrecionalidad del intérprete constitucional, que escoge estratégicamente sus técnicas interpretativas para guiar la decisión judicial a un resultado concreto. Guastini (2008) frente al activismo judicial ha indicado:

> Esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vinculo textual: en otras palabras, favorece la libre creación del derecho constitucional por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces solo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia. (pp. 64-65)

En muchas ocasiones, los jueces utilizan sutilmente argumentaciones para diferenciar un resultado interpretativo de otro. Por ello, las posiciones activistas no traen consigo, necesariamente, mejores condiciones para los derechos constitucionales, es decir, resultados progresistas. También permiten que se produzcan resultados regresivos en materia de derechos (Mora, 2011). Esto conlleva una ideología que funciona desde una doble vía: permite amplificar o restringir los derechos constitucionales consagrados por el constituyente (Torres, 2014, p. 263).

Attard (2023, p. 355) ha señalado que los modelos constitucionales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano desarrollan un modelo polifónico de justicia constitucional sustentado en seis elementos principales: (1) la reivindicación de los sujetos históricamente oprimidos; (2) el pluralismo epistémico en las fuentes filosóficas; (3) procesos constituyentes donde se destaca la participación y pluralismo; (4) el establecimiento de un paradigma jurídico igualitario; (5) la vigencia de un paradigma biocéntrico; y (6) la construcción plural de derechos a través de interpretaciones de quienes han sido históricamente oprimidos o discriminados.

En todo caso, para la autora boliviana, la construcción de los derechos se da de manera dialógica en los estrados judiciales a través del activismo judicial, la argumentación jurídica destinada a consolidar la construcción plural de los derechos y el uso de métodos plurales de quienes han sido históricamente oprimidos para la materialización de la Constitución.

Conviene detenerse primordialmente en el punto relativo al activismo judicial destacado por Attard (2023, p. 355), en tanto considera que el modelo polifónico plantea una construcción plural de los derechos desde los jueces ordinarios para su justiciabilidad y la asunción de un modelo dialógico en el que los jueces reduzcan la brecha entre la Constitución formal y la Constitución

material, aunque siempre limitados a las pautas de interpretación establecidas por el constituyente, evitando mutaciones o sustituciones informales de la Constitución.

Por ello, señala que el activismo judicial es un valor dentro de los sistemas constitucionales del NCL, por cuanto, con apego a las pautas de interpretación consagradas por el constituyente, permite que la sociedad construya pluralmente los sentidos de la Constitución (Attard, 2023, p. 359). Así las cosas, entiende que el modelo latinoamericano apela a una sociedad abierta de intérpretes que moldea los significados de la Constitución a través de un modelo dialógico en el que los diversos sectores de la sociedad interactúan, pero en el que, a su vez, el juez constitucional se encuentra limitado por las pautas de interpretación previamente establecidas por el constituyente (Attard, 2023, p. 361). De este modo, el activismo judicial en un modelo polifónico de justicia constitucional solo tendría efectos progresistas, negando cualquier restricción de derechos por parte del juez constitucional. Al respecto:

> En cambio, la consagración de un activismo judicial tiene la finalidad de expandir derechos en el marco de pautas constitucionalizadas establecidas por la propia Constitución y de acuerdo a métodos plurales de derecho, como los diálogos interjurisdiccionales o interculturales, las veedurías ciudadanas, las audiencias públicas, los amigos del tribunal y los peritajes antropológicos- culturales, entre otros; siempre, tal como ya se dijo, en coherencia con las cláusula democrática y la garantía de prohibición de concentración o ejercicio arbitrario del poder. (Attard, 2023, p. 365)

Así las cosas, un modelo de justicia constitucional polifónica que restrinja el poder de los jueces se concentra en los principios de independencia judicial e institucional del órgano judicial. No deja de ser loable el planteamiento presentado por la autora. Empero, la realidad práctica muchas veces dista de los planteamientos académicos, más aún cuando son los tribunales constitucionales órganos con amplios poderes que tienden cada vez más a concentrar mayores competencias.

Por ello, una defensa del activismo judicial, aun en modelos dialógicos, termina desplazando los modelos democráticos de creación del derecho, desconociendo la autoridad legítima para la modificación o sustitución del texto constitucional, en tanto deja en manos de los jueces la decisión última sobre el alcance de determinado derecho. Lo anterior también resulta muchas veces utópico cuando se habla de una justicia dialógica, pues han sido los mismos tribunales constitucionales los encargados de limitar los escenarios de participación para el pueblo, restringiendo las acciones constitucionales a través de un elitismo técnico. Nuevamente se insiste en que el activismo judicial puede

traer efectos positivos, pero también negativos, lo que podría reducir el espectro normativo de la Constitución.

En todo caso, es menester señalar que una ideología de la Constitución viva, *prima facie*, no es antidemocrática *per se*, sino que ello dependerá de los métodos o criterios de interpretación establecidos por el poder constituyente. El constituyente podría autorizar interpretaciones evolutivas de los derechos. Sin embargo, estructuralmente, aquellas constituciones que establezcan ideologías evolutivas serán menos proclives a los cambios formales por parte del poder constituyente, lo que producirá una contradicción con su propia ontología. Si el poder constituyente se considera soberano creador del texto constitucional, entonces este es el único capaz de promover y realizar el cambio constitucional.

El fundamento político de la Constitución viva se encuentra asociado a la idea de que las generaciones pasadas no pueden obstaculizar el proyecto de vida de las generaciones actuales, considerando a los jueces como verdaderos actores que colaboran en complementar la creación del poder constituyente. En todo caso, posturas más eclécticas abogarán por un juez constitucional que colabora para mejorar las falencias del sistema democrático, maximizando los beneficios de la democracia, pero conservando, en todo lo demás, los significados originales de los enunciados normativos (Arévalo & García, 2018, p. 414). Guastini (2008, p. 56) preceptúa que las interpretaciones evolutivas no pueden ser referenciadas a la voluntad de la autoridad normativa, sino a las circunstancias históricas y sociales del momento en que se interpreta el enunciado.

Más centrados en la discusión entre originalismo y no originalismo, desde una perspectiva democrática, vale decir inicialmente que el originalismo adopta una concepción cognitivista de la Constitución que considera que existe un significado unívoco dirigido a la satisfacción de la voluntad creadora del texto constitucional. Por ello, el originalismo adopta una actitud interpretativa de pleitesía al constituyente, mientras que las teorías no originalistas defenderán la idea de una Constitución viva que se modifica sin necesidad de ser reformada debido a las cambiantes circunstancias sociales (Guastini, 2008, pp. 71-74). En todo caso, es de resaltar que el originalismo posee un componente especialmente democrático, en tanto cuestiona la legitimidad democrática de los jueces para modificar la Constitución vía interpretación constitucional.

De este modo, Aguiló (2012, pp. 242-243) destaca que la misma rigidez de la Constitución refleja, de manera directa o indirecta, la legitimidad democrática de los jueces para modificar la Constitución. Por esto, el principio de rigidez constitucional se erige como un límite a la interpretación de la Constitución, siendo los contextos de flexibilidad en el cambio constitucional modelos susceptibles de modificación según las coyunturas políticas, sociales o económicas

de un momento determinado. Así, en constituciones rígidas, lo que se busca es someter la voluntad de las generaciones futuras a las generaciones del pasado.

No obstante, se considera que en el modelo del NCL la rigidez de la Constitución no busca que las generaciones pasadas sometan a las generaciones futuras, sino que el cambio constitucional pueda darse dentro de márgenes democráticos, dado el especial componente emancipador que traen consigo estos textos. Por eso, el cambio constitucional en el NCL, a diferencia de las ideas que defienden de manera acérrima la rigidez de la Constitución, se promueve de forma explícita, pero por vías democráticas. Se trata de una Constitución débil para el poder constituyente, pero fuerte frente a los poderes constituidos. En este sentido, una actitud originalista será aquella que permita en mayor medida que el cambio constitucional se dé a través de escenarios democráticos.

Bajo este panorama, habrá que indicar que la ideología de la interpretación que se adopte genera una preferencia por determinado método. Por ejemplo, en el caso de la ideología estática u originalista, se deberá apelar a métodos de interpretación que consulten la voluntad del constituyente, como el método histórico; mientras que, en el caso de una interpretación dinámica, se acogerá mayormente un método sistemático, permitiendo cambios normativos según las circunstancias sociales y normativas de un momento particular (Wroblewski, 1988, pp. 74-80). Empero, la aplicación del método histórico se encontrará estrechamente ligada a la continuidad del orden jurídico establecido por el constituyente:

> Un factor determinante en el uso del método histórico es la antigüedad de la Constitución y las leyes del Estado. Cuanto menos recientes sean, más frecuente será el uso de elementos históricos en la interpretación, como las Actas constituyentes o los debates parlamentarios o textos de los padres fundadores. Y aunque fueran determinantes en los primeros años de funcionamiento de la jurisdicción constitucional, hoy son solo elementos complementarios. Por el contrario, cuanto más reciente es el texto normativo o constitucional, menor es el debate entre originalistas y evolucionistas, mientras que el originalismo pierde importancia en la interpretación cuanta más vieja es una Constitución y más desarrollada está la jurisprudencia constitucional. (VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, 2009, p. 185)

La CCC ha hecho explícito el uso de la teoría de la Constitución viva como doctrina que permite adaptar los contenidos normativos enjuiciados a las realidades sociales y jurídicas de un momento determinado. Asimismo, esta teoría permite la armonía de las competencias funcionales de los jueces de la República para la supremacía e integridad de la Constitución (Corte Constitucional de

Colombia, Sentencia C-584 de 2004). La CCC explica el uso de la teoría de la Constitución viva en los siguientes términos:

> En efecto, lo que persigue la doctrina del derecho viviente en el contexto del control de constitucionalidad, es equiparar la norma jurídica con el acervo doctrinario y jurisprudencial de su hermenéutica, de modo que si éste se encuentra claramente establecido y ofrece rasgos de coherencia y unidad, deba el juez constitucional admitirlo como el sentido en que dicha preceptiva ha de ser interpretada, al momento de decidir sobre su exequibilidad.

De este modo, no tendrían igual jerarquía o similar peso argumentativo, las interpretaciones meramente teóricas que pudieran derivarse de la llana redacción de la disposición atacada, en frente de las interpretaciones que doctrinarios y jueces de la jurisdicción han ofrecido en su calidad de expertos y estudiosos del sistema jurídico. Ello, claro está, no obstante que el juez constitucional conserve su total autonomía para definir si, incluso la interpretación más reputada de la norma contraría los mandatos del estatuto constitucional. Así las cosas, la doctrina del derecho viviente actúa como interpretación razonable en los juicios de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-955 de 2001)

Con la aplicación de una ideología de la Constitución viva, la CCC ha intentado justificar esta doctrina a partir de otorgar un significado material a las disposiciones contenidas en la Constitución, teniendo en cuenta la transformación social, política y económica que se desarrolla en las sociedades modernas. Ello permite que los sentidos de la Constitución sean modificables con el paso del tiempo, utilizando primordialmente un criterio sistemático de interpretación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-089 de 2020). No obstante, el carácter material de la Constitución en el NCL desemboca en la capacidad de transformación del orden a través de vías democráticas, en las que el poder constituyente altera las condiciones preexistentes y las modifica según nuevas realidades fácticas.

No obstante, la adecuación de la Constitución por vías interpretativas genera fuertes temores debido a la implantación de una determinada cosmovisión de los jueces, quienes tienen en sus manos la última palabra al momento de indicar el significado de determinado enunciado normativo. Al respecto, Zuluaga y Zuluaga (2018) indican:

> La ideología es vista como un temor constante ya que es considerada como aquel mecanismo que trata de deformar o distorsionar una imagen clara que se tiene sobre algún concepto. Es por esto que la ideología es vista desde una categoría de distorsión y disimulo, que solo sirve para legitimar o imponer una forma de

> poder, y cuando se habla de interpretación, y más del texto constitucional, este temor se hace más fuerte.
>
> Por tal motivo los escépticos de la interpretación constitucional cuestionan la preponderancia del interprete, ya que argumentan que el aumento de discrecionalidad judicial puede ser desbordado lo cual podría generar que el juez sea quien a partir de sus interpretaciones distorsione o deforme el texto constitucional y sea quien legitime a un grupo (con tintes autoritarios) en ascenso y pueda deslegitimar y atacar al poder legítimamente constituido. (p. 265)

La teoría de la Constitución viva-activista, sin límites claros para el intérprete, permite la subversión de la voluntad popular plasmada en el texto constitucional a partir de la modificación indirecta de los significados de los enunciados normativos. Ello da un aire de aparente continuidad al sistema jurídico, pero en el fondo modifica sus contenidos sustanciales. Así las cosas, la ideología del intérprete termina siendo dominante para toda la comunidad jurídica, sin posibilidad de que el pueblo participe en la conformación democrática de los nuevos significados.

Por todo lo anterior, como ya se vio, una posición activista de los jueces constitucionales termina distorsionando los contenidos de la Constitución desde la supuesta apariencia de legitimidad de decisiones contrarias a la Constitución por parte de otros poderes públicos, o mediante la distorsión directa de los significados del texto constitucional a partir de determinadas posiciones ideológicas. (Zuluaga & Zuluaga, 2018, pp. 272-273).

De este modo, una ideología de la interpretación desde el NCL, que ancla la legitimidad del sistema normativo en la participación popular que da vida a la obra del poder constituyente, deberá abolir aquellas doctrinas de tipo evolutivo arraigadas a una ideología de la Constitución viva, negando la existencia de cambios a la Constitución por vías no democráticas. Así, la teoría de la Constitución del NCL entiende que el cambio constitucional es necesario, pero este deberá ser una expresión del poder constituyente, restringiendo los márgenes de dinamicidad de los poderes constituidos (Martínez Dalmau, 2014, pp. 102-103). Por lo anteriormente expuesto, una ideología originalista de la interpretación será aquella que respete en mayor medida la voluntad popular, impidiendo los cambios informales de la Constitución a través de los poderes constituidos y negando la posibilidad de que los tribunales constitucionales modifiquen a su antojo los preceptos constitucionales bajo el fundamento de la dinamicidad de las relaciones sociales.

3.1.2.- Una ideología de la interpretación desde la estructura de la Constitución

Además de lo señalado, puede indicarse que la ideología de la interpretación constitucional se encuentra fuertemente ligada a la estructura normativa de la Constitución propuesta por el poder constituyente. En este punto resultan relevantes la amplitud de la carta de derechos, la tipología de normas incorporadas en el texto constitucional y las posibilidades de cambio por vías democráticas. Por ejemplo, constituciones como la norteamericana tienen una vocación de permanencia en el tiempo al contemplar mecanismos exiguos de cambio constitucional y un catálogo reducido de derechos. Así las cosas, este tipo de constituciones refleja una ideología tendiente a que los poderes constituidos modifiquen y amplifiquen los textos constitucionales con el fin de preservar su continuidad en el ordenamiento jurídico y garantizar el principio de supremacía constitucional.

▶ Tabla 13. Ideología de la interpretación, juez y cambio constitucional

Ideología de la interpretación	Tipo de juez	Centro político	Cambio constitucional	Tipología de normas
Originalista	Juez como legislador negativo	Poder constituyente	Por vías democráticas	Reglas
Constitución viva	Juez como legislador negativo y positivo	Tribunales constitucionales	Por vías jurisdiccionales	Principios

Fuente: Elaboración propia

Por esto, las estructuras normativas reflejarán una Constitución rígida o flexible, sujeta en mayor o menor medida a cambios constitucionales por vías interpretativas (Guastini, 2008, pp. 57-58). De este modo, ciertas estructuras normativas favorecerán interpretaciones estáticas, teniendo como eje la previsibilidad de las decisiones judiciales y acercándose a una ideología originalista de la interpretación. Otras estructuras, en cambio, favorecerán el carácter dinámico de la interpretación, permitiendo a los jueces modificar los contenidos constitucionales bajo el argumento de su adaptación a nuevas dinámicas sociales. (Guastini, 2008, pp. 59-60).

Sin embargo, debe resaltarse que tanto el carácter estático como el carácter dinámico del ejercicio hermenéutico no son técnicas de interpretación en sí mismas, sino resultados de la aplicación de determinados métodos.[98] En todo

98 No se puede confundir la ideología de la interpretación de WROBLEWSKY (1998), con los resultados interpretativos. Entre tanto una ideología abarca un concepto más amplio que guía proceso hermenéutico y el resultado será la fase final del mismo.

caso, las doctrinas dinámicas de la interpretación se valen primordialmente de principios jurídicos que son concretizados y de los cuales se derivan normas implícitas. (Guastini, 2008, p. 61).

Dentro de los métodos clásicos de interpretación se han distinguido los tipos de interpretación según su resultado en: (1) interpretación declarativa; y (2) interpretación correctora. Del mismo modo, dentro de la interpretación correctora se presentan dos subclasificaciones: interpretaciones restrictivas e interpretaciones extensivas; y, a su vez, interpretaciones históricas y originalistas. (Gascón, 2003, pp. 189-190).

La interpretación declarativa se asocia a la interpretación literal y al uso común de las palabras, mientras que la interpretación correctora atribuye un significado distinto al tenor literal de la norma, ampliándolo o restringiéndolo. Dentro de las interpretaciones correctoras puede encontrarse la interpretación restrictiva, que excluye supuestos que quedarían comprendidos dentro del enunciado normativo; y la interpretación extensiva, que extiende los efectos de los enunciados normativos a supuestos no previstos por el legislador. (Gascón, 2003, pp. 188-192).

Del mismo modo, Gascón (2003, pp. 191-192) ha señalado que puede darse una clasificación de los métodos interpretativos según el contexto. Así, se hablará de contexto lingüístico cuando el enunciado debe ser interpretado conforme a las reglas propias del lenguaje; de contexto sistemático cuando el enunciado debe tener en cuenta sus relaciones con otros enunciados pertenecientes al sistema jurídico; y de contexto funcional cuando el enunciado debe ser interpretado conforme a los fines bajo los cuales se dio su creación.

Ahora bien, el carácter dinámico del resultado interpretativo desemboca en una posición restrictiva o extensiva de la norma, constituyéndose siempre en una tipología correctora. Mientras tanto, el carácter estático predica una concepción meramente declarativa de los enunciados normativos:

▶ Tabla 14. Tipología de interpretación, carácter y efectos

Tipología de interpretación	Carácter de la interpretación	Efectos
Declarativa	Estática	Otorgamiento del significado
Correctora	Dinámica	Extensivo
Correctora	Dinámica	Restrictivo

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, el carácter estático de la interpretación podría argüir la aplicación de un método especial de interpretación, pero además también un resultado

o producto interpretativo según la técnica que emplee el intérprete. Por ello, busca que a un postulado normativo siempre se le dé el mismo significado, esto es, que no se cambien las posiciones interpretativas ya adoptadas por el constituyente (Guastini, 2014, p. 373). Considérese, en todo caso, que es necesario que la autoridad normativa limite las posibilidades interpretativas a través del método, siendo este el medio para garantizar un resultado interpretativo.

Por otra parte, un carácter dinámico de la interpretación promueve que los intérpretes varíen sus posiciones interpretativas frente a un enunciado normativo de forma constante, situación que se verá reforzada cuanto más antiguo sea el texto. Esto conlleva un fenómeno evidentemente evolutivo de la ideología de la interpretación como medio de adaptación del texto a las realidades sociales. En todo caso, vale poner énfasis en que el carácter evolutivo de la interpretación no será propiamente una técnica, sino más bien un resultado esperado, como ya se ha señalado. Empero, ideología y resultado siempre se encuentran estrechamente conectados. (Guastini, 2014, p. 373).

Ahora bien, la ideología originalista será aquella que más se encuentre acorde con el NCL, dado que busca preservar en mayor medida la voluntad del poder constituyente que subordina a los poderes constituidos. Además, impide que se asimilen las capacidades normativas del constituyente a las de los poderes constituidos. Del mismo modo, diferencia la obra de creación constitucional de los demás actos normativos, haciendo un parangón entre la legitimidad del poder soberano y la de los poderes constituidos, reafirmando el papel de autoridad normativa en cabeza del pueblo.

Así las cosas, la preservación de la voluntad originaria reconduce los cambios de la Constitución a procedimientos democráticos que exigen la participación popular. En consecuencia, los poderes constituidos no podrán modificar sus contenidos, siendo las mutaciones constitucionales una patología del sistema.

De este modo, la ideología se encuentra ligada al papel del juez en la interpretación constitucional como juez creador o mero aplicador, lo cual se conecta con el cambio constitucional y sus formas. En todo caso, la ideología de la interpretación tiene una perspectiva política ligada a la idea de poder constituyente que determina las estructuras normativas de la Constitución, en cuanto la ingeniería del texto supremo determina en gran medida la ideología misma de interpretación. Así las cosas, entre mayor cantidad de principios jurídicos existan en un texto constitucional, mayores facultades creadoras tendrán los jueces, debido a la indeterminación de las normas. En cambio, una mayor presencia de reglas permitirá un mayor control sobre los jueces y sus facultades interpretativas. No obstante, el constituyente puede acoger fórmulas lingüísticas

proclives a la indeterminación, pero también puede incorporar reglas a través de las cuales se oriente la interpretación de aquellas.

De esta manera, la ideología de la interpretación se vale de los métodos de interpretación para buscar los fines planteados por la autoridad normativa, siendo la ideología la finalidad ulterior del constituyente, dirigida a preservar sus elementos ontológicos.

Del mismo modo, la ideología de la interpretación de la Constitución no presupone necesariamente la especificidad de la interpretación del texto normativo. Por el contrario, puede estar integrada por diferentes métodos y técnicas de interpretación constitucional. Así, los métodos y técnicas de interpretación de la ley pueden ser aplicados a los postulados constitucionales bajo las siguientes premisas: (1) ninguna Constitución puede regular todos los aspectos constitucionales de un ordenamiento, por lo que la ley desarrolla los contenidos constitucionales; (2) las normas constitucionales contienen mayormente principios y valores, aunque también contienen reglas, mientras que las normas infraconstitucionales, con predominio mayor de reglas, también pueden contener principios y valores; y (3) la negación de la perpetuidad del texto constitucional, dado que las constituciones, al igual que las normas infraconstitucionales, pueden estar sujetas a cambios y reformas. (Guastini, 2008, pp. 56-58).

Así las cosas, la Constitución y la ley, en su sentido normativo, no presentan diferencias absolutas, por lo que tampoco se hace necesario establecer métodos completamente especiales para la Constitución. A partir de esta idea, los métodos de interpretación propios del Estado clásico de derecho, enfocados en interpretar la ley, han sido extrapolados a la interpretación de la Constitución.

3.1.3.- La ideología de la interpretación de la Corte Constitucional colombiana y sus métodos de interpretación como justificación externa de sus decisiones

En primer lugar, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una ausencia de regulación positiva de criterios de interpretación constitucional, lo cual genera dificultades al momento del ejercicio hermenéutico y le permite al intérprete recurrir a la mayor cantidad de métodos, reposando en la discrecionalidad del juez la elección del método que considera más conveniente. (Canosa, 1988, pp. 137-138).

En segundo término, la CCC ha empleado un variado universo interpretativo a partir de su amplia jurisprudencia, asumiendo una verdadera función creadora del derecho y adoptando una interpretación decisional que se aleja del modelo clásico kelseniano de legislador negativo. Así las cosas, la función creadora de este tribunal constitucional ha desbordado los límites señalados por el constituyente, alterando las funciones propias del poder legislativo, esto es, generando una ruptura del principio democrático. (Bechara, 2017, pp. 217-218).

Desde los primeros años posteriores a su creación, la CCC fue enfática en señalar la superación del esquema clásico del juez constitucional como legislador negativo. Por el contrario, señaló que el juez tiene verdaderas obligaciones positivas orientadas a buscar la efectividad de los derechos constitucionales, evocando una relación directa con el poder constituyente, que en apariencia le exige formular resultados interpretativos de índole creativa:

> Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992)

En este mismo sentido señaló la CCC:

> Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992)

Con todo, autores como Bechara (2017, p. 219) señalan que la función creadora del derecho en cabeza de los jueces tendrá límites materiales que deberán respetarse, con el fin de subordinar su espectro decisional a la voluntad popular: (1) el ámbito de competencia del poder legislativo; (2) la intencionalidad del poder soberano en la creación de la carta de derechos; (3) la garantía del principio democrático y de separación de poderes; y (4) la imposibilidad de crear nuevos significados constitucionales a partir de elementos extrasistémicos de la Constitución.

Colombia no ha sido ajena a las dinámicas doctrinales y jurisprudenciales globales sobre los métodos de interpretación del derecho. De esta forma, las dinámicas de interpretación en Colombia han girado en torno a una visión formalista de la interpretación jurídica y una visión antiformalista. En la primera se encuentra la aplicación de los criterios, técnicas y métodos de interpretación propios del Estado clásico de derecho, recogidos en el Código Civil de 1887, reforzando la naturaleza deductiva de la interpretación. Mientras tanto, la visión antiformalista tendrá la connotación de ser especialmente una interpretación inductiva. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 se daría continuidad a la aplicación de los métodos de interpretación legal a postulados constitucionales, generándose una aparente contradicción interpretativa. Al respecto explica Bechara (2017):

> Esto se debe que si bien existen modelos y técnicas propias orientadas a resolver los problemas de la interpretación de los derechos fundamentales, eminentemente en el ámbito constitucional, los operadores judiciales, persisten en la aplicación de los modelos tradicionales formados en las escuelas del derecho en Colombia, antes del establecimiento de la Constitución de 1991. (p. 228)

Ahora bien, la CCC ha establecido dentro de sus reglas jurisprudenciales la posibilidad de modificar su precedente cuando se presenten cambios sociales que hagan necesario alterar el significado o interpretación de determinado enunciado normativo. En la Sentencia C-836 de 2001, el alto tribunal constitucional colombiano se decantó por una función creadora del juez que permite, a través de la ponderación y las técnicas de interpretación constitucional, modificar el sentido de las normas para adecuarlas a la realidad social, reiterando lo dispuesto en la Sentencia T-406 de 1992:

> Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836 de 2001)

Para autores como Aguiló (2012, p. 236), el juez desarrolla una etapa de interpretación como proceso guiado por directivas interpretativas que operan

de manera previa. Asimismo, en el proceso de decisión judicial se presenta un elemento argumentativo posterior a la interpretación, que permite justificar la decisión y otorgarle cierto grado de validez.

A pesar de lo indicado, es menester considerar que la interpretación de la Constitución en el NCL deberá encontrarse ligada a límites previos a la decisión judicial. Estos límites, a su vez, servirán para justificar la decisión judicial y transmitirle un espectro de validez a partir del sometimiento del juez constitucional a la voluntad popular. Por ello, un modelo de interpretación constitucional democrático deberá estar determinado por directrices interpretativas establecidas previamente por el constituyente, de modo que estas sean expuestas por los jueces al momento de la decisión judicial y sirvan como fundamento argumentativo de su decisión.

De manera general, pueden clasificarse tres categorías de métodos de interpretación que permiten entender la pluralidad de métodos según la tipología normativa asumida por el constituyente. También puede señalarse su carácter más o menos democrático según su existencia directa dentro del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, pueden encontrarse criterios de interpretación sistémicos, entendidos como aquellos que son establecidos de forma directa por el constituyente o por un poder delegado para ello. Estos criterios evocan un mayor margen de legitimidad democrática de la interpretación constitucional, al someterse a límites previamente establecidos por el poder constituyente. En todo caso, en el constitucionalismo moderno las constituciones vendrán acompañadas de cláusulas constitucionales o normas que ordenan y sistematizan las formas de aplicar e interpretar la Constitución.

En segunda medida, se encuentran criterios extrasistemáticos, que no tienen fundamento directo en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, dada la tipología normativa acogida por el constituyente, se hace necesario adoptar esta clase de criterios para resolver los conflictos hermenéuticos que pudiesen surgir en el ejercicio del control de constitucionalidad. Este segundo catálogo de criterios evoca un margen mínimo de legitimidad democrática, dado que no tiene un sustento normativo positivizado de forma expresa por el poder constituyente y, en consecuencia, no permite un control efectivo a la interpretación del juez constitucional.

En tercera medida, se encuentran aquellos criterios o métodos de interpretación vía remisión. Se trata de autorizaciones directas que otorga el poder constituyente al intérprete para interpretar la norma conforme a criterios no contenidos en el texto constitucional o con base en otras normas supraestatales. En este sentido, este tipo de criterios tiene un nivel intermedio de legitimidad

democrática, debido a que, pese a no encontrarse expresamente el método en el texto constitucional, el poder constituyente sí autoriza al intérprete a acudir a otras normas para ello. Este tipo de criterios, por lo general, evoca a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de integrar el derecho interno con el derecho internacional.

De manera general, en la interpretación jurídica se han asociado los cuatro métodos clásicos de interpretación, que se constituyen en mecanismos maleables para la argumentación de las decisiones judiciales. Por ello, la multiplicidad de elementos de interpretación genera incertidumbre sobre los resultados que pueda arrojar el proceso hermenéutico bajo la idea evolucionista de adecuar el texto constitucional al cambio social (Häberle, 2010, pp. 385-387), produciéndose las ya vistas mutaciones constitucionales como patologías de los sistemas jurídicos.

La idea de reglas dentro del ordenamiento jurídico y, más precisamente, dentro de las constituciones, implica «la idea según la cual se cuenta con criterios generales de corrección con respecto a acciones o decisiones de la clase de individuos comprendidos en su alcance». Por ello, la Constitución no puede ser vista meramente como un conjunto de enunciados normativos, sino como un conjunto de significados que obedecen a una objetividad propia de la actividad cognoscitiva de la interpretación. De esta manera, la interpretación constitucional siempre deberá ser entendida como una actividad de conocimiento supeditada al texto de la Constitución, lo que supone elementos de objetividad. (Caracciolo, 2022, p. 68).

Del mismo modo, la aplicación de criterios o directivas de interpretación permite asociar al intérprete con una interpretación amplia del texto constitucional, entendiendo que los enunciados normativos siempre están sujetos a límites predispuestos por el constituyente.[99]

Bien indica Caracciolo (2022, p. 69) que las constituciones, al ser promulgadas, utilizan un lenguaje establecido por el constituyente de manera intencional, buscando limitar el ejercicio interpretativo de los jueces a través de los actos comunicativos propios del lenguaje. Así las cosas, si no fuese deseo del constituyente generar límites a los poderes constituidos, entre ellos el propio intérprete auténtico de la Constitución, no utilizaría la fórmula de Constitución escrita para ello. (Caracciolo, 2022, p. 69).

99 CHIASONNI (2010) diferencia la interpretación en sentido amplio como aquella que busca atribuir un significado de los enunciados normativos; mientras que se trata de una interpretación en sentido estricto que implica atribuir significado solo a las disposiciones que presenten oscuridad, dudoso e incierto.

Sobre la naturaleza de la interpretación constitucional se han desarrollado tres teorías: la primera señala que la interpretación solo es objetiva de manera parcial; una segunda pregona una interpretación objetiva; y una tercera, escéptica, no reconoce la objetividad de las decisiones judiciales (Caracciolo, 2022, p. 71). Sobre las bases que fundamentan las tesis escépticas de la naturaleza de la interpretación se podría señalar:

> a) toda supuesta aplicación de una Constitución, o de cualquier otra norma general, consiste en realizar una elección, esto es, en adoptar una decisión en el dominio de la práctica, incluyendo su remota aplicación originaria; b) para resolver una cuestión práctica —arribar a una respuesta correcta— es necesario, y suficiente, efectuar una valoración; c) por lo tanto, si es necesario interpretar la Constitución para aplicarla, semejante interpretación tiene que resultar, necesariamente, de juicios de valor; la dimensión epistémica del acto interpretativo o bien es inexistente, o bien es irrelevante, y d) como no existen juicios de valor objetivos, las decisiones de los jueces sólo pueden ser discrecionales; esto es, sustentadas en sus propios criterios de evaluación. (Caracciolo, 2022, p. 75)

Bajo una dinámica de la interpretación como actividad objetiva, esta rige su fundamento en la semántica y en el lenguaje natural de las palabras.

La interpretación de la Constitución en el NCL deberá estar anclada en una visión cognoscitivista, que entiende la necesidad de imponer límites al juez constitucional para descifrar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, siendo el texto un límite a su ejercicio interpretativo. Del mismo modo, debe tratarse de una interpretación originalista que respete la voluntad del poder soberano plasmada en el texto e impida los cambios informales de la Constitución como actos contrarios al poder constituyente.

3.2.- Sistema de fuentes e interpretación constitucional en Colombia: ¿una demostración de las falencias del sistema jurídico?

El artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley, señalando como criterios auxiliares de la actividad judicial la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho. De cualquier forma, el constituyente de 1991 recoge la fórmula interpretativa señalada con anterioridad por la Ley 153 de 1887 y el Código Civil, destacando cómo los principios generales del derecho expuestos en estas normas fueron constitucionalizados por el constituyente de 1991. (Tamayo, 2013, p. 216).

En todo caso, el mismo artículo 230 de la Constitución estableció que los jueces, en sus providencias, se encuentran sometidos al «imperio de la ley», expresión que, *prima facie*, pareciera retomar la fórmula propia del Estado clásico

de derecho. Sin embargo, la CCC reformularía dicha expresión bajo el entendido de que esta debe ser comprendida como el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así las cosas, al estar sometidos los jueces al imperio de la ley como ordenamiento jurídico, deberán tener en cuenta las normas sobre interpretación consagradas por la Ley 153 de 1887 y el Código Civil.

En todo caso, la Constitución como norma jurídica, al igual que la ley, permite que los clásicos métodos de interpretación sean útiles para desentrañar los significados de los enunciados normativos. Sin embargo, dada la naturaleza de los preceptos constitucionales, dichos métodos resultan insuficientes si no se encuentran orientados por límites democráticos y constitucionales previamente definidos. Véase, por ejemplo, cómo en el caso ecuatoriano el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone la aplicación de los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica.

Sin lugar a dudas, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece un catálogo de directivas interpretativas que buscan limitar la labor del intérprete. No obstante, dichas directivas carecen de la misma legitimidad democrática que tendría una regla interpretativa incorporada directamente en la Constitución, debido a que la Constitución, como obra del poder constituyente, debería contener las reglas interpretativas establecidas por el pueblo y no por los poderes constituidos. Por ello, no resulta democráticamente plausible que el poder constituyente establezca un texto normativo para limitar a los poderes constituidos y que sean estos mismos poderes quienes, posteriormente, delimiten su propio accionar a través de fórmulas interpretativas.

Algo similar sucede en el caso boliviano con la expedición de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, del 6 de julio de 2010, donde se toman como criterios de interpretación aquellos que apliquen «la voluntad del constituyente de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente». Del mismo modo, dicha ley dispone que «las normas se interpretarán de conformidad con el contexto general de la Constitución Política del Estado, mediante un entendimiento sistemático de esta, orientado a la consecución de las finalidades que persiga».

No cabe duda de que los métodos clásicos de interpretación fueron creados y utilizados para desentrañar las normas legislativas propias de un modelo de Estado dominante durante un periodo de la historia. No obstante, estos métodos también han sido utilizados para interpretar los contenidos constitucionales, partiendo de que, en todo caso, la Constitución no deja de ser una ley suprema y de que la ley conserva capacidad de regulación respecto de los derechos constitucionales. Al respecto, la CCC ha indicado que los métodos literal, histórico y teleológico son criterios mayormente restrictivos. De esta forma, estos

métodos de interpretación fungen como límite y garantía de la Constitución, en tanto impiden que existan resultados hermenéuticos que contradigan formal o materialmente el texto constitucional. Así las cosas:

> En consecuencia, el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas. En contrario, cuando el uso de dichos mecanismos tradicionales no implique dicha incompatibilidad, sus resultados serán compatibles con el orden constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-820 de 2006)

Del mismo modo:

> Así las cosas, es cierto que los métodos de interpretación de las normas infra constitucionales pueden ser utilizados por el intérprete para desentrañar su contenido, comprensión y significado, no obstante ello, deberá siempre preferirse el método que permita concluir o dar mayor valor a los parámetros normativos superiores contenidos en la Constitución, sin que pueda darse validez en momento alguno a las interpretaciones que aun proviniendo de alguno de dichos métodos, desconozcan los parámetros de la norma superior y por tanto su supremacía. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-820 de 2006)

Respecto de los métodos clásicos de interpretación, estos tienen un doble propósito: ser aplicados a las normas constitucionales con el fin de descifrar aquel resultado más acorde con el texto constitucional; y servir como método para interpretar las normas sometidas al control de constitucionalidad por parte de la CCC, posibilitando la conservación de la norma en el ordenamiento jurídico y la aplicación del principio de corrección funcional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372 de 2016).

Ahora bien, debido a lo explicado anteriormente, los tribunales constitucionales han acudido a métodos de interpretación propios del Estado de derecho y de la ley, no solo por la negación de una posible especificidad absoluta de la interpretación constitucional, sino además por el objeto sobre el que recae la interpretación de los tribunales constitucionales, donde convergen enunciados normativos de índole constitucional y legal.

No se puede perder de vista que la interpretación constitucional tiene una estrecha relación con el escenario político, dado que entre más extensivas sean las interpretaciones de los jueces constitucionales sobre determinado enunciado normativo, menor será el margen de maniobra de los poderes políticos. De allí que la interpretación de la Constitución tenga como primer objetivo establecer barreras entre el poder judicial y el poder legislativo, con el fin de proteger el principio democrático y de separación de poderes, así como los demás princi-

pios jurídicos supremos del texto político (Würtenberger, 2002, p. 602). Así las cosas, los métodos de interpretación cobran una especial importancia de cara a la creación jurisprudencial por parte de los poderes públicos, ya que una interpretación ceñida a estos límites interpretativos será una interpretación que no tendrá una orientación política capaz de alterar los elementos básicos del Estado. (Würtenberger, 2002, p. 602).

Esta doble consecuencia permite entender que, cuando se trata de la aplicación de los métodos de interpretación respecto de una norma constitucional, el resultado deberá ser acorde con la Constitución como conjunto de normas que forman una esencia, debiendo articularse con sus ejes estructurales y esenciales. Mientras tanto, en el caso de la aplicación de estos métodos a las normas infraconstitucionales, dicha interpretación puede perseguir su adaptación a una norma constitucional en específico o a los ejes estructurales de la Constitución.

Canosa (2022) ha señalado que la interpretación de la Constitución se manifiesta desde una doble vía: en primer lugar, como interpretación de los enunciados normativos contenidos en la Constitución; y, en segundo lugar, como interpretación de los preceptos infraconstitucionales y su necesidad de ser aplicados conforme a la Constitución. De este modo, el doble nivel de «legalidad» implica:

> Interpretar el derecho infraconstitucional a la luz de la Constitución es también una verdadera interpretación constitucional. Cuando se enjuicia la ley a la luz de la Constitución se debe interpretar primero esta para precisar su canon de enjuiciamiento, y, una vez extraído, aplicarlo a la interpretación de la ley para, si no haya una interpretación conforme con aquella, anularla o inaplicarla. En suma, las normas que son objeto de control, también lo son a menudo de la interpretación constitucional. (p. 64)

Por esto, el juez constitucional no solo controla la conformidad de las normas infraconstitucionales con el texto supremo, sino que además determina los sentidos de la Constitución. Tiene, entonces, una doble funcionalidad interpretativa: es autoridad interpretativa de la Constitución, pero también de la legislación, debido al carácter subordinado de esta respecto del texto supremo. Del mismo modo, no se puede olvidar que la legislación puede contribuir a la configuración de los derechos constitucionales, así como a su restricción, inclusive al punto de dotar de dinamicidad los contenidos constitucionales en periodos de estaticidad en el cambio constitucional. (Rojas, 2019, pp. 75-79).

Los tribunales constitucionales han evolucionado de una interpretación nomofiláctica, donde el juez controla las normas cuya inconstitucionalidad se pretende declarar, a una interpretación nomotética, donde el juez constitucional descarta las interpretaciones incompatibles con la Constitución en vez de anu-

larlas, desarrollándose así una interpretación constitucional de la ley (Canosa, 2022, pp. 59-60). En todo caso, el papel creativo del juez constitucional al buscar la compatibilidad de los preceptos inconstitucionales acerca los modelos concentrados de control de constitucionalidad a modelos difusos, alterando de una u otra forma el sistema constitucional (Rojas, 2019, pp. 67-68). Ante la constante creación vía injertación constitucional se ha generado una suerte de activismo judicial antidemocrático que requiere métodos y técnicas de interpretación que limiten el escenario hermenéutico.

Así las cosas, la interpretación constitucional de la ley no solo recae en el texto supremo, sino además en la legislación misma. Por ello, el juez constitucional no solo podría desbordar los márgenes señalados por el constituyente, sino también las competencias legislativas. En consecuencia, el peligro de la ausencia de límites interpretativos recae tanto en la Constitución como en las normas infraconstitucionales, obviando los procedimientos democráticos de formación de estos actos.

Una teoría evolutiva de la Constitución, anclada en una ideología de la Constitución viva o dinámica, no solo altera los sentidos preceptuados por el poder constituyente, sino además las competencias legislativas entregadas por el poder constituyente a otras autoridades, dada la aparente necesidad de los tribunales constitucionales de adaptar la legislación a la interpretación de la Constitución y a su realidad cambiante.

Pese a que algunas constituciones u ordenamientos jurídicos posibiliten a sus tribunales constitucionales interpretaciones evolutivas de los enunciados normativos, el caso colombiano, por expresa voluntad del constituyente, no contempla cláusulas de actualización normativa por parte del juez constitucional, lo que niega cualquier facultad creativa del intérprete y hace ilegítima cualquier mutación constitucional.

En todo caso, la aplicación de los métodos clásicos de interpretación exige que estos sean empleados de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución. Por ello, la interpretación de la Constitución deberá obtener como resultado aquel significado que en mayor medida se adapte al texto supremo. De este modo, cuando el intérprete, al realizar un ejercicio hermenéutico, encuentre dos posibles significados de la norma, deberá adoptar aquel más acorde con el texto constitucional. (Miranda y Navarro, 2014, p. 74).

Así las cosas, la interpretación conforme y su relación con los métodos clásicos de interpretación tendrá una doble funcionalidad: al dar aplicación a cada uno de los métodos de interpretación, el intérprete deberá escoger aquel resultado que se encuentre más acorde con los contenidos constitucionales previstos por el poder constituyente; mientras que, desde una interpretación conjunta de los

diferentes métodos, deberá escoger aquel resultado interpretativo más acorde con la Constitución.

Los criterios de interpretación tradicionales denotan dos eventos: (1) una lista ecléctica de métodos, donde no existen jerarquías entre uno u otro; y (2) una lista que da preponderancia a un método sobre otro (López, 2006, p. 33).

La CCC ha establecido que no fue idea del poder constituyente adoptar una ideología de la interpretación tendiente exclusivamente a la aplicación de métodos originalistas, sino prever que los poderes públicos y la ciudadanía generen espacios de diálogo democrático para el cambio de las normas constitucionales. Esta afirmación, sin embargo, debe ser leída críticamente desde la tesis central de este trabajo: en el NCL, la apertura al cambio constitucional no habilita a los jueces a sustituir la voluntad constituyente mediante interpretaciones evolutivas, sino que exige reconducir los cambios sustantivos de la Constitución hacia escenarios democráticos de deliberación y participación popular.

3.2.1.- Los métodos tradicionales de interpretación en la Constitución de 1991: ¿una aparente contradicción?

La CCC, en su jurisprudencia sobre la aplicación de los métodos clásicos de interpretación a los contenidos constitucionales, ha señalado que se trata de métodos propios de la actividad legislativa y del predominio del legislador en la creación normativa del Estado clásico de derecho. En todo caso, el control de constitucionalidad como medio para controlar la creación normativa a cargo del legislador y su conformidad con el texto constitucional hace que estos métodos tradicionales sean utilizados para analizar concretamente las disposiciones cuestionadas como inconstitucionales:

> Esta justificación, como es sencillo observar, contrasta con los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo, que impone a la Carta Política y en particular a los derechos fundamentales, como límite y parámetro obligatorio de la función legislativa. No obstante, advierte la Corte que el vínculo entre el origen de los métodos de interpretación y el contractualismo liberal no resta utilidad a aquellos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto debido a que de acuerdo con el principio de interpretación conforme, explicado en el fundamento jurídico 6.2 de esta sentencia, las normas legales, entre ellas las previstas en el Código Civil y que definen dichos métodos hermenéuticos, deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales. Esto significa que las referidas fórmulas de interpretación serán conformes con la Carta Política en cuanto garanticen la eficacia de las facetas jerárquica, directiva e integradora del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, la utilización de los métodos tradicionales de interpretación en casos concretos será admisible a condición de que los resultados hermenéuticos sean compatibles con las restricciones formales y

> materiales de validez que impone la Constitución. En consecuencia, el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas. En contrario, cuando el uso de dichos mecanismos tradicionales no implique dicha incompatibilidad, sus resultados serán compatibles con el orden constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-820 de 2006)

Asimismo, ha indicado el alto tribunal que este no funge únicamente como intérprete auténtico de la Constitución, sino como suprema autoridad interpretativa en referencia a la ley, dada la necesidad y mandato del constituyente de garantizar la conformidad de las normas infraconstitucionales al texto supremo. Esto no es otra cosa que la garantía del principio de supremacía constitucional:

> Para la Sala es claro que, además del legislador, la Corte Constitucional también interpreta la ley para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general y obligatoria. Sin embargo, ello no significa que la Corte Constitucional asume la posición de órgano legislativo, pues simplemente se limita a cumplir con su función jurídica de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241 superior). En efecto, a diferencia de la labor legislativa, cuyo origen es la conveniencia y libertad de configuración política, la labor de esta Corporación surge del proceso judicial y de la aplicación de normas jurídicas que resultan obligatorias y vinculantes para todas las autoridades, inclusive, obviamente, para la propia Corte. Entonces, mientras el fundamento de la decisión legislativa es la conveniencia y la oportunidad política, el de la decisión judicial es el proceso y la norma jurídica que impone su cumplimiento en forma preferente y obligatoria. En consecuencia, la expresión «sólo» contenida en el artículo 25 del Código Civil resulta inconstitucional, en tanto que el monopolio de la interpretación general de la ley que consagra únicamente a favor del Legislador desconoce la cosa juzgada constitucional y la facultad de la Corte Constitucional para interpretar la ley con carácter obligatorio y vinculante. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-820 de 2006)

No debe olvidarse que el cambio de viraje entre el Estado de derecho y el Estado constitucional trajo consigo transformaciones sustanciales referentes a la autoridad normativa dentro del sistema jurídico. En efecto, se produjo un desplazamiento de la soberanía estatal hacia un modelo de soberanía popular donde el pueblo crea su norma suprema, siendo su voluntad la fuente legitimadora. Desde esta perspectiva, ya no se habla de una Constitución en sentido meramente formal, sino también desde un punto de vista material.

En consecuencia, los métodos de interpretación, en apariencia, deberían variar con el fin de descifrar la voluntad creadora del texto, en tanto se trata de un poder temporal que no puede ser consultado de manera constante, pero que

además exige distinguir entre la obra creada por el poder soberano y aquellas creaciones propias de los poderes constituidos. No obstante, la continuidad de la ley como norma de carácter general y abstracto sometida al control de constitucionalidad por parte de los jueces permite la continuidad de sus métodos de interpretación, en tanto la CCC, como máximo intérprete de la Constitución, se convierte en máxima autoridad interpretativa del ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, la capacidad normativa del legislador para regular los derechos constitucionales a través de normas de inferior jerarquía a la Constitución hace necesario que los métodos tradicionales de interpretación sean indispensables y útiles para interpretar los derechos constitucionales por parte del juez constitucional. [100]

De esta manera, ha sido una constante en el ordenamiento jurídico colombiano que el juez constitucional aplique los métodos clásicos de interpretación de la ley, esto es, el método histórico, gramatical, teleológico y sistemático, con el fin de descifrar la voluntad de las normas infraconstitucionales y alinearlas con la voluntad del constituyente. A continuación, se presentará una descripción general de dichos criterios y su uso por parte de la CCC.

[100] La CCC ha adoptado una serie de reglas interpretativas para definir el margen de competencia del legislador para regular derechos fundamentales: "La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado cinco reglas interpretativas que permiten conocer cuáles son las regulaciones sobre derechos fundamentales que deben ser objeto de ley estatutaria y en que casos corresponde al legislador ordinario establecer las limitaciones o restricciones del derecho, a saber: i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario; ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material. En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; iii) mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; iv) las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada y, v) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario. Al respecto, la Corte dijo que "las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todo aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico.", Corte Constitucional De Colombia, sentencia C-756 de 2008.

3.2.1.1.- Método histórico

La interpretación histórica busca consultar el significado original de la Constitución acudiendo a aspectos históricos del texto normativo. Este método ha sido relacionado con el originalismo como ideología de la interpretación que busca limitar la discrecionalidad judicial. Por ello, este método tiene un elemento subjetivo que busca descifrar la intencionalidad del creador de la norma para establecer, a partir de allí, su significado. Así, el método exige que el intérprete no consulte únicamente el texto normativo, sino que acuda a los elementos propios del procedimiento de creación del texto. (Balaguer, 2022, p. 131).

En todo caso, para López (2006, pp. 34-35), este método de interpretación no ha sido de recibo mayoritario en la jurisprudencia colombiana debido a la reciente creación del texto constitucional, el carácter incompleto de las actas de creación del texto constitucional y el carácter difuso de los pensamientos de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. Del mismo modo, Canosa (1988, p. 101) señalará que este método subjetiviza el ejercicio hermenéutico, inaplica cualquier otro método de interpretación e impide consolidar una voluntad unitaria del texto normativo.

Otra vertiente ha destacado que el método histórico, más allá de buscar descifrar la voluntad del creador del texto normativo, analiza el procedimiento de creación de la norma para reconstruir la intencionalidad del constituyente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-461 de 2011; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-090 de 2022). Sin embargo, se tratará de una voluntad aproximada dada la limitación misma de la historia para descifrar con certeza la voluntad creadora (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372 de 2016). Al respecto, Würtenberger (2002) señala:

> La interpretación histórica esta democráticamente orientada si parte de la discusión de los participantes en la elaboración de la Constitución. Con ello se pretende interpretar conceptos a partir de la voluntad del constituyente. La interpretación histórica se funda, por tanto, en la voluntad del pueblo, como soberano, respecto de la elaboración de la Constitución. Es difícil, sin embargo, alcanzar seguridad sobre la opinión del constituyente histórico. Frecuentemente se pretende remitirse a los debates y orientarse por la discusión de los participantes en la elaboración de la Constitución. En último término, sin embargo, apenas se encuentra aquí una base firme para una interpretación histórica. (p. 605)

La CCC, en un primer momento, utilizó el método histórico con frecuencia para interpretar el contenido constitucional, haciendo énfasis en la necesidad de

desentrañar la voluntad del poder constituyente originario.[101] No obstante, con posterioridad declararía su alcance relativo, determinando la imposibilidad de descifrar plenamente la voluntad del poder constituyente y haciendo prevalente la aplicación de los métodos sistemáticos y finalistas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551 de 1994). La CCC ha indicado:

> La interpretación histórica a nivel constitucional se refiere al análisis del proceso de creación de la norma constitucional para conocer la opinión general de quienes la crearon y reconstruir de esta manera la intención del constituyente. De lo que se trata es de realizar una aproximación al sentido y finalidad que los constituyentes quisieron dar al precepto e inferir de esta manera la voluntad original de los creadores de la norma. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-011 de 2001)

Este tipo de interpretación busca privilegiar herramientas destinadas a descifrar la voluntad del poder creador del texto normativo, de allí que sean conocidas como directivas psicológicas (Chiassoni, 2011, pp. 94-95). De esta forma, una perspectiva histórica de la interpretación conlleva desentrañar el sentido originario del enunciado normativo. Por lo general, para dar aplicación a este método se recurre a los trabajos preparatorios de la norma, al momento

101 Véase CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-409 de 1992: "Una propuesta en el sentido de introducirla expresamente en el texto de la Carta de 1991, presentada por el constituyente Fernando Carrillo fue negada por la Asamblea Nacional Constituyente, sin que pueda afirmarse que de los textos aprobados se deduzca siquiera un principio de objeción. De allí que no sea procedente, a la luz del ordenamiento en vigor, acceder a las pretensiones del demandante relacionadas con la sustitución o exclusión de los deberes propios del servicio militar, a favor de sus representados."; sentencia C-453 de 1994: "el examen de los debates y discusiones sostenidas en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el tema de la policía se puede concluir: 1) una sentida preocupación por fortalecer la vinculación entre policía, seguridad y protección de las libertades ciudadanas, a través de la consagración enfática del carácter civil del cuerpo de policía; 2) la ausencia de una voluntad constituyente en torno a la definición del punto relacionado con la incorporación de la Policía Nacional a un determinado ministerio y, en consecuencia, la intención implícita de que este asunto quedara librado al legislador."; La Corte Constitucional es consciente de que esta historia desafortunada debe ser superada no sólo con la introducción de reformas normativas y de controles efectivos que eviten el abuso de las declaratorias de los Estados de excepción, sino también, y de manera primordial, con la creación de una cultura de la normalidad constitucional y de la vigencia plena de los derechos fundamentales, tarea en la cual el Gobierno nacional tiene un enorme compromiso hacia el futuro. (…). 3. Del análisis efectuado sobre los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se deduce meridianamente que la propuesta de prohibir la adscripción de la Policía Nacional al Ministerio de Defensa, si bien fue apoyada por algunos delegatarios, no logro el asentimiento de la mayoría, de lo cual se infiere la voluntad de otorgar al legislador un espacio de discrecionalidad para la definición de este punto, según el contexto de cada momento."; del mismo modo la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA en sentencia C-511 de 1994:

histórico en que se dio la creación normativa y a los principios fundantes de la línea política del creador. (Chiassoni, 2011, p. 97).

La interpretación histórica asociada al originalismo hace conveniente indicar las dos concepciones predominantes de este último a raíz de su relación con el textualismo. En primer término, se dará un originalismo objetivo o nuevo originalismo, que busca descifrar el significado semántico original del enunciado normativo, esto es, una posición asociada al textualismo. Mientras tanto, una segunda visión se concentrará en los procedimientos políticos de elaboración de las normas, haciendo necesario desentrañar la intención del órgano creador del texto. (Gargarella, 2017, pp. 180-183).

En una línea transversal, Guastini (1999, pp. 219-220) señala que el método de interpretación histórica se encuentra ligado a una interpretación correctora orientada a descifrar la voluntad de la autoridad normativa a través de los trabajos preparatorios de la norma y de la intencionalidad de la autoridad desde el propio texto normativo. De los dos tipos de interpretación histórica se tendrán como efectos un carácter extensivo, entendido como la aplicación de los efectos de una norma a situaciones no previstas inicialmente por la autoridad; o restrictivo, entendido como aquella aplicación que excluye el ámbito de aplicación de una norma a supuestos de hecho no previstos en el enunciado normativo.

En el caso de la aplicación extensiva, no se habla de un cambio del significado del enunciado normativo, sino de un cambio de grado que aplica la norma de igual manera a otros sujetos o situaciones. Así las cosas, esta aplicación reconduce a los argumentos *a simili*, analógico[102] y *a fortiori*, como argumentos que vinculan la aplicación de una norma a un supuesto no contemplado en ella

[102] La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA ha definido la misma de la siguiente manera en sentencia T-960 de 2002: "En torno a la analogía debe señalarse que ella se predica de la interpretación de disposiciones, a efectos de aplicar la misma norma a dos casos, uno de los cuales está previsto como supuesto de hecho de la norma y la otra es similar (argumento a simili). Pues bien, la analogía exige que se establezca claramente la ratio de la disposición y aquello de la esencia de los hechos contenidos en la norma (supuesto de hecho) que lo hace similar al hecho al cual se pretende aplicar la norma. Es decir, de manera similar que el precedente, exige demostrar que los hechos relevantes son, si bien no idénticos, muy cercanos en aquello que los caracteriza." Del mismo modo, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA por ejemplo ha empleado este criterio en sentencia SU-371 de 2021: "Segundo, es necesario que quien aporta la conversación al proceso tenga la convicción de que su contenido demuestra la ocurrencia de una falta disciplinaria al momento de registrarla. Este criterio resulta más acorde con la protección a la intimidad que la extensión analógica del concepto de víctima penal. En este caso será necesario analizar el contenido del mensaje para verificar si aquel es conducente y pertinente para demostrar la ocurrencia de la posible falta, sin que sea necesario que se trate de una persona que sufra un daño con la misma.".

bajo la premisa de mayor razón.[103] Esto implica conjugar método y resultado interpretativo.

Por otra parte, en la doctrina se ha abordado una posición ecléctica circunscrita al originalismo vivo, que comprende la necesidad de que determinados enunciados normativos sean interpretados conforme a una posición originalista. Sin embargo, la Constitución contendrá cláusulas de actualización normativa a través de los principios jurídicos. (Gargarella, 2017, p. 191).

En todo caso, el originalismo sirve de límite a los jueces constitucionales, dado que impide que estos adopten sus posiciones personales para toda una comunidad política. Lo anterior se agrava cuando el cambio constitucional no se da por las vías democráticas señaladas por el propio poder constituyente. Por eso, la ideología de la interpretación originalista se encuentra estrechamente ligada a un método histórico de interpretación que, a su vez, guiará el proceso hermenéutico hacia un tipo de resultado interpretativo.

Por ello, de ninguna manera podrá asimilarse el originalismo al conservadurismo, en tanto lo que determina el carácter conservador o liberal de una posición jurídica será su objeto de interpretación. Por ejemplo, una posición originalista respecto de un objeto de interpretación como una Constitución liberal conlleva que se dé continuidad a un modelo de derechos libertario. Por

103 La CCC ha hecho uso de este argumento en distintas oportunidades. Véase: sentencia T- 859 de 2003, sentencia T- 511 de 2012, C- 239 de 1197. En la sentencia C-239 de 1997 por ejemplo indica: La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida". Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente, el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales.

el contrario, una visión no originalista en constituciones liberales podría conllevar una regresión conservadora de los derechos señalados por el constituyente (Contreras & Prieto, 2021). Del mismo modo señala Guastini (1999) sobre la interpretación evolutiva: «La interpretación evolutiva no es necesariamente extensiva y tampoco necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto una extensión como una reducción del campo de aplicación de una determinada ley» (p. 284).

El método histórico, en su contenido psicológico o intencional, presenta como principal crítica la imposibilidad de descifrar la intención de las autoridades normativas colegiadas, dado que estas no tienen una única intención y, por lo tanto, dichas intenciones solo pueden ser conjeturadas. (Guastini, 2015a, pp. 26-27).

Así las cosas, en constituciones como las del NCL, que tienen un especial componente emancipador, revolucionario, libertario y garantista de los derechos, deberán establecerse modelos ideológicos de interpretación originalista que permitan la aplicación y amplificación de los derechos constitucionales hacia la ciudadanía. Empero, una interpretación no originalista de los derechos consagrados en las constituciones del NCL lleva al desconocimiento de la ontología misma de esta teoría de la Constitución.

▶ Tabla 15. Modelos de resultados interpretativos según ideología y tipo de Constitución

Ideología de la interpretación	Tipo de Constitución	Resultado o alcance interpretativo
Originalista	Constitución liberal	Progresista
No originalista	Constitución liberal	Regresivo
Originalista	Constitución conservadora	Regresivo
No originalista	Constitución conservadora	Progresista

Fuente: Elaboración propia

Por ello, el originalismo encuentra una estrecha relación con la democracia, en tanto concibe que, en caso de que el poder constituyente no se encuentre satisfecho con la Constitución, será este quien deba modificarla o crear una nueva. Lo que no podrá hacerse es acomodarla a una ideología particular saltándose los escenarios democráticos. De esta forma, el originalismo busca controlar la discrecionalidad judicial para evitar la usurpación de funciones de otros poderes constituidos (Gargarella, 2017, pp. 175-176), e incluso las propias funciones del constituyente.

El originalismo, más allá de constituirse como una visión conservadora de la interpretación constitucional, se constituye como una interpretación democrática de la Constitución, que implica que los cambios constitucionales deban realizarse bajo los procedimientos democráticos previamente establecidos. (Gargarella, 2017, pp. 175-176).

A pesar del desuso del método histórico por parte de la CCC, recientemente esta ha hecho uso de dicho método para encontrar el significado de normas constitucionales en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-090 de 2022).

En la Sentencia C-122 de 2011, la CCC contradijo el sentido interpretativo dado por el Consejo de Estado colombiano al artículo 112 de la Constitución, que sería reformado mediante Acto Legislativo 01 de 2003, a partir de la aplicación del criterio histórico, señalando que los partidos y movimientos políticos tendrían un trato separado cuando no participen en el gobierno. No obstante, de la anterior providencia se deja constancia de que dos tribunales de justicia pueden tener discrepancias interpretativas incluso cuando utilizan un mismo método de interpretación.[104]

En la Sentencia C-070 de 2018, la CCC aplicó un criterio hermenéutico histórico para declarar la exequibilidad de las normas tendientes a establecer un régimen o tratamiento diferenciado, simétrico, equitativo y simultáneo entre los actores del conflicto armado en Colombia. Señaló que históricamente este tipo de medidas hace parte de los escenarios de justicia transicional para la consecución de la paz dentro de un Estado, diferenciándose de medidas como las amnistías e indultos.

En la Sentencia C-090 de 2022, la CCC señaló, a partir de un análisis histórico del artículo 268 de la Constitución, que las facultades del presidente de la República se encontrarían delimitadas por el texto constitucional, pero

[104] La CCC señalaría en esta sentencia: "3.1.22 En conclusión, encuentra la Corte que la interpretación histórica realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la excepción de inconstitucionalidad de 28 de agosto de 2009, no es acertada, ya que en los debates citados se hacía referencia a la redacción del primer inciso del artículo 112 y no a lo concerniente a la participación de los partidos y movimientos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados. En efecto, una vez analizados los debates en la constituyente se puede concluir sin lugar a dudas que siempre se dio un tratamiento separado a los derechos de los partidos y movimientos que no participaran en el gobierno – no se les llamó en esta primera redacción partidos de oposición – y a la participación de los partidos minoritarios en las mesas directivas del inciso segundo. Finalmente, el inciso tercero referente a que una ley estatutaria regularía íntegramente la materia se aprobó independiente de los incisos anteriores." (Corte Constitucional De Colombia, sentencia C-122 de 2011)

cobijarían los objetos previstos en el parágrafo transitorio introducido por el Acto Legislativo 04 de 2019, permitiéndole al presidente modificar la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República.

En todo caso, la interpretación histórica también ha sido usada para limitar los derechos de los ciudadanos y generar situaciones discriminatorias. Así, en la Sentencia C-814 de 2001, la CCC, a partir de un criterio de interpretación histórico, declaró la constitucionalidad de una norma que prohibía la adopción de menores de edad por parte de parejas homosexuales, señalando que para el constituyente el concepto de familia desarrollado por el texto constitucional correspondía al modelo monogámico y heterosexual de familia.

A contrario sensu, este tipo de interpretación es criticada en razón a que en muchas ocasiones puede contradecir el tenor literal del enunciado normativo, desconociendo los valores y principios de la propia Constitución, así como su dimensión evolutiva. Esto conlleva que la interpretación histórica petrifique y limite la aplicación de los contenidos constitucionales a partir de un fin de difícil consecución, como lo es descifrar la voluntad del constituyente como cuerpo plural. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011).

Así las cosas, la aplicación de un método de interpretación histórico evitará cualquier intención modificatoria de la Constitución por vías informales a través de mutaciones constitucionales, haciendo prevalecer el sentido original del poder constituyente. (Chiassoni, 2011, p. 100).

3.2.1.2.- Método gramatical

El Código Civil colombiano establece en su artículo 27: «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».

Asimismo, el artículo 28 del Código Civil establece que las palabras de la ley deberán ser interpretadas de conformidad con su sentido natural y obvio. Sin embargo, el creador del texto normativo podrá definir de forma expresa ciertas disposiciones. Ahora bien, respecto de las palabras técnicas, estas deberán ser entendidas desde la ciencia o arte a la que correspondan.

Este método implica acoger la literalidad del enunciado normativo para encontrar su significado. Así, el intérprete debe aplicar las reglas propias del lenguaje y de la gramática para descifrar su sentido. De esta manera, toda interpretación debe comenzar por la aplicación de este método, posibilitando que el intérprete corrobore, desde el propio uso de las palabras, el significado de la norma.

Guastini (1999, pp. 211-212) ha señalado que las técnicas literales evocan una especie de interpretación declarativa, que presume que las palabras contienen por sí mismas un significado propio a partir del uso común y de las conexiones sintácticas. No obstante, las técnicas literales se adhieren al significado explícito de la disposición que se interpreta, mientras que las declarativas se enfocan en el significado que ha querido expresar la autoridad normativa bajo el tenor de la literalidad.

En cualquier caso, la interpretación declarativa se conecta con la interpretación gramatical mediante el uso del argumento del lenguaje común y del argumento *a contrario*. En el caso del argumento del lenguaje común se encuentran las expresiones que pertenecen al lenguaje ordinario y expresan significados comunes frente a un enunciado; las expresiones del lenguaje ordinario que se tecnifican en el discurso jurídico a partir de la atribución de significado por parte de la autoridad normativa o de la doctrina jurídica; y las expresiones pertenecientes al lenguaje técnico.

Por otra parte, el argumento *a contrario* entiende que la autoridad normativa ha sido clara en lo expresado en los enunciados normativos. De allí que al intérprete le quede vedado dar un alcance diferente al enunciado, ya que, si esa hubiese sido la intención, la misma autoridad lo habría expresado. (Guastini, 1999, pp. 212-214).

Para Balaguer (2022, p. 130), la aplicación de métodos de interpretación literalista o gramatical evoca las teorías subjetivas de la interpretación, que indagan por el sentido original del enunciado normativo o por la voluntad del creador. De allí que la materia de interpretación en el método literal se encuentre delimitada de forma exclusiva por el texto constitucional. De este modo, se obtiene mayor seguridad sobre lo querido por la autoridad normativa, respetando su voluntad histórica y limitando a los poderes constituidos. (Vila, 2021, p. 294).

Ahora bien, Anchondo (2012, p. 39) contempla que el método de interpretación gramatical contiene dos concepciones: una restrictiva y una extensiva. En la visión restrictiva pueden entenderse varios sentidos: (1) respeto a la voluntad creadora del texto; (2) interpretación que da un menor ámbito de validez material; y (3) aceptación por parte de la comunidad en general del sentido de las normas. Mientras tanto, una interpretación extensiva implica la aplicación de la norma a situaciones no previamente establecidas.

Del mismo modo, la interpretación gramatical se vale de diferentes instrumentos para su aplicación. Entre estos se encuentran: (1) la interpretación semántica, entendida como el sentido de las palabras a través de su significado habitual sobre los demás significados, aunque en el ámbito jurídico deberá preferirse aquel significado más específico en este campo; (2) la interpretación

sintáctica, que intenta descifrar el significado del enunciado a partir del conjunto completo de palabras que lo componen; y (3) el argumento *a contrario*, que implica que la autoridad reguló un evento específico, lo que impide la extensión de la norma a casos diferentes. (Anchondo, 2012, pp. 39-40).

Chiassoni (2011, p. 66) señala que dentro de la interpretación gramatical siempre se dan ejercicios textuales que conllevan determinar el significado lingüístico de las expresiones utilizadas en el enunciado normativo. Sin embargo, también será necesario determinar el significado de las expresiones de manera conjunta. De esta forma, la interpretación gramatical exige tener en cuenta diferentes factores que pueden ser sintetizados en la siguiente tabla:

▶ Tabla 16. Factores de la interpretación gramatical

Factor	Concepto
Estructural	Se hace necesario revisar las estructuras gramaticales de los enunciados normativos para hallar su significado.
Contexto	Se debe analizar el documento completo al cual pertenece el enunciado normativo.
Intertexto	Supone el análisis de otros documentos normativos diferentes al interpretado.
Conceptos extralingüísticos	Se deben analizar los elementos que no se encuentran dentro del texto.

Fuente: Elaboración propia

Así las cosas, la interpretación literal es una interpretación acontextual, ya que solo presta atención a las reglas gramaticales del enunciado normativo, desatendiendo cualquier elemento externo al mismo objeto de análisis. Lo anterior implica una contrariedad frente a los modelos interpretativos de índole sociológica, que pregonan por generar una interpretación de los enunciados según la realidad social o política del momento del ejercicio hermenéutico. (Chiassoni, 2011, p. 94).

Del mismo modo, el autor italiano encuentra que la interpretación literal o gramatical de los enunciados normativos prescribe: (1) que el sentido que se les da a las palabras sea aquel común a estas, salvo en los casos en los que deba atribuirse un significado técnico especial; (2) que se guarde coherencia del significado de los enunciados idénticos dentro de un texto normativo; (3) que se atribuyan significados diversos a enunciados diferentes; (4) que se eviten los significados redundantes de un enunciado normativo; y (5) que se presuma que el creador del texto normativo ha aplicado las reglas gramaticales comunes al lenguaje (Chiassoni, 2011, p. 82).

No obstante, la CCC en muchas ocasiones ha preceptuado que el método gramatical es insuficiente para interpretar la Constitución, dada la textura abierta de las normas constitucionales y el grado de indeterminación de los principios jurídicos, lo que implicaría dar aplicación a métodos no tradicionales y extrasistemáticos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992).

Guastini (2001, pp. 263-264) señala que las constituciones formuladas bajo enunciados normativos tipo principio, con un alto grado de indeterminación, hacen que la interpretación literal o gramatical pierda eficacia. Así las cosas, para el profesor italiano la interpretación de la Constitución conlleva una interpretación evolutiva, a contrario de una interpretación literal, dado que este tipo de enunciados normativos ha sido diseñado para adaptarse conforme la sociedad cambia.

Finalmente, Díaz (2017, p. 17) indica que la interpretación gramatical resulta ser el primer criterio hermenéutico por desarrollar por el intérprete. Así, cuando un enunciado normativo es claro y no presenta mayores confusiones, el método gramatical será el más confiable. No obstante, en las constituciones actuales, dada la ambigüedad en la redacción de los enunciados, el método gramatical resulta ser poco eficiente.

Ahora bien, la interpretación gramatical no siempre se sujeta a una ideología originalista, dado que este tipo de interpretación tiene como eje la sintaxis misma de los enunciados normativos. No obstante, el intérprete podrá dar sentido a las palabras según el momento de creación del texto constitucional o según el momento de aplicación del enunciado (Guastini, 2015a, p. 26). Así, la interpretación gramatical podrá tener una ideología tanto originalista como evolutiva, acudiendo al sentido de la norma según el momento de su creación o el momento de su interpretación. Lo anterior hace prevalente el método histórico como método propio de la ideología originalista.

3.2.1.3.- Método teleológico

La Constitución Política de 1991, en su artículo 1, consagra una serie de finalidades propias del Estado social de derecho, lo que, *prima facie*, indicaría que una interpretación contraria a estas finalidades deberá ser rechazada por aquella interpretación que amplifique sus efectos. Así las cosas, este tipo de método pareciera fungir como una directiva de preferencia entre dos interpretaciones, señalando al intérprete la necesidad de acoger aquel significado que maximice los fines del Estado. Además de ello, la aplicación del artículo 4 de la Constitución conlleva que la interpretación de las normas constitucionales se encuentre dirigida a la garantía del principio democrático, produciendo una profundización de la democracia en todos los campos del ordenamiento jurídico.

La interpretación teleológica, a su vez, ha sido aplicada a otra serie de subprincipios aceptados de manera universal, como el principio *pro libertate* o el principio de interpretación más efectiva para el derecho. Los derechos consagrados en los textos constitucionales, bajo una interpretación teleológica o finalista, deberán ser amplificados sin distorsionar su contenido. (Torres, 2015, p. 25).

Se trata de la directiva o método que implica que el intérprete acuda a la finalidad prevista por el poder creador del texto al momento de interpretar. No obstante, existirán casos donde el enunciado normativo tenga una finalidad ulterior a la prevista por el poder soberano (Chiassoni, 2011, p. 104). Inclusive, para Guastini (1997, p. 121), la interpretación como procedimiento de elección y decisión conlleva necesariamente que en todo escenario interpretativo el juez deba elegir aquel resultado más acorde con los fines establecidos por la norma.

La interpretación teleológica o finalista es aquella que busca que el enunciado normativo sea aplicado conforme a un valor, propósito o fin señalado en el ordenamiento jurídico. Resulta ser contraria a la interpretación originalista o histórica, ya que se refiere a los objetivos actuales que persigue una comunidad política, permitiendo que la norma se adapte a las nuevas realidades sociales, políticas y económicas. Al respecto señalará López (2006):

> Este propósito o valor, en general, no se refiere a la noción de «intención» del legislador (que usualmente uno de los arbitrios de la interpretación que hemos llamado originalista), sino al propósito o valor «objetivo» y contemporáneo», esto es, al fin existente o presumible dentro de la ley o del sistema jurídico y que mejor respondan a las nociones contemporáneas de corrección moral y política que tenga la comunidad regulada.
>
> En algunas circunstancias, la investigación por la «intención» del legislador puede ser útil para descubrir el fin o propósito de la norma, pero el objetivo es identificar el valor protegido objetivamente por el sistema jurídico contemporáneo y no la voluntad histórica del pasado. (p. 36)

Del mismo modo, la interpretación teleológica denota un tipo de interpretación correctora que excluye la literalidad como único escenario hermenéutico, negando una ideología de la interpretación que propenda exclusivamente por la defensa del poder constituyente como única autoridad normativa constitucional. De esta forma, el método teleológico permite que el juez adquiera facultades de creación normativa bajo el manto de la interpretación constitucional que, en apariencia, adapta el texto constitucional a las nuevas dinámicas.

No obstante, este método de interpretación tiene como crítica el riesgo de aniquilamiento del orden jurídico, dada la posibilidad de que el intérprete adopte una posición interpretativa particular a partir de la variedad de valores que contempla la Constitución Política. Por ello, la Constitución como texto

normativo dejaría de ser un texto cognitivo que funge bajo la relación causal entre interpretación, aplicación y consecuencia jurídica. Así las cosas, debe anotarse lo dicho por Tamayo (2013):

> La interpretación basada únicamente en los valores constitucionales genera un activismo judicial que permite a los jueces implantar, con el maquillaje de un estado social de derecho, un régimen autoritario de izquierda o derecha, dependiendo de la jerarquización que a esos valores les dé el fallador, pues siempre, habrá principios en conflicto. (p. 53)

Del mismo modo, García (2004, p. 27) ha señalado que los enunciados normativos completamente abiertos, denominados valores jurídicos, no pueden fungir como elementos susceptibles de ser interpretados, lo que entrega un amplio margen de discrecionalidad al juez cuando contrapone estas finalidades a reglas explícitamente establecidas por el constituyente, debilitando el papel normativo de la Constitución.

Nótese que todo método de interpretación se encuentra circunscrito al método semántico o literalista, ya que, si se quisiera actualizar el texto normativo vía cambio informal, el juez deberá identificar el actual contenido del enunciado constitucional para darle un nuevo sentido (Tamayo, 2013, p. 56), lo que atribuye un carácter predominante al método literal sobre los demás. Con todo, con el fin de limitar la discrecionalidad de la interpretación teleológica, esta deberá estar dirigida a la consecución de un objetivo inmediato perseguido por el propio sistema jurídico:

> Para ello, el estado estructura todo el sistema normativo, que se divide en subsistemas, los cuales se subdividen en subsistemas de menor amplitud, hasta llegar a normas individuales cada una de las cuales tiene una finalidad concreta, que sumada a las finalidades de todas y cada una de las otras normas o subsistemas de normas, pretenden a la larga conseguir en la medida de los posibles, la realización del estado social de derecho. (Tamayo, 2013, p. 59)

La CCC ha utilizado este método de interpretación para dar significado tanto a normas constitucionales como a normas de contenido infraconstitucional sometidas al ejercicio del control de constitucionalidad.

En la Sentencia C-415 de 2002, la CCC, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 446 de 1998, señaló que las medidas de descongestión de la rama judicial del poder público adoptadas mediante ley se encontraban acordes con los fines perseguidos por el poder constituyente al establecer el derecho de acceso a la administración de justicia, pero también al consagrar una serie de garantías que deben ser respetadas por el legislador.

En la Sentencia C-121 de 2006, la CCC declaró la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 4 de 1983, que disponía el impuesto de industria y comercio. De esta forma, la norma sería demandada, ya que en apariencia vulneraría el principio de legalidad y certeza del tributo consagrado por el constituyente de 1991. Sin embargo, a partir de una interpretación teleológica de esta, la CCC indicó que dicho impuesto tenía como finalidad recaer sobre los actos de comercio y no sobre las personas, siendo determinable el hecho gravable del impuesto.

En la Sentencia C-483 de 2013, la CCC declaró la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 1448 de 2011, por cuanto desde un análisis teleológico de la norma lo que se buscó por parte del legislador fue la garantía de la dignidad humana de las víctimas en procesos judiciales. Así, la norma infraconstitucional fue interpretada conforme a los principios y valores señalados por el propio constituyente de 1991. [105]

Ahora bien, a partir del método de interpretación teleológica, la CCC ha establecido un segundo subcriterio de interpretación constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad, siendo el principal fundamento para determinar la correspondencia de determinado enunciado normativo con el principio de unidad de materia que rige por mandato del constituyente. Así las cosas, la CCC en la Sentencia C-400 de 2010 señalará:

> La conexidad teleológica consiste en la identidad de objetivos perseguidos por la ley vista en su conjunto general, y cada una de sus disposiciones en particular. Es decir, la ley como unidad y cada una de sus disposiciones en particular deben dirigirse a alcanzar un mismo designio o designios, nuevamente dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 2010)

3.2.1.4.- Método sistemático

López (2006, p. 36) señalará que el criterio de interpretación sistemático permite identificar una norma, principio o valor jurídico, con el fin de establecer jerarquías interpretativas entre este tipo de normas. Así, el juez deberá interpretar

105 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C. 438 de 2013: "Una lectura integral de todo el inciso segundo lleva sólidamente a concluir que el interés del legislador fue asegurar el respeto de los derechos de las víctimas, en particular se insiste, de su dignidad e integridad moral, al ser interrogadas. En otras palabras, el inciso leído integralmente, contempla una serie de deberes para las autoridades destinatarias de ese mandato, por lo cual resulta arbitraria una interpretación que considere que, de un lado, el legislador exige pleno respeto a los derechos de las víctimas al ser interrogadas, pero al mismo tiempo, permite a las autoridades competentes usar un lenguaje y una actitud inadecuados. Sólo una interpretación aislada del aparte demandado podría llevar a pensar que esa fue la intención del legislador."

la disposición normativa de conformidad con el subsistema al que pertenece, dirigiendo su resultado al fin esperado por este (Tamayo, 2013, p. 202). Ha dicho la CCC sobre este método de interpretación:

> En efecto, el método sistemático apela a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-054 de 2016)

De este modo, los enunciados no pueden ser interpretados de manera aislada, sino que deberán interpretarse conforme a otros enunciados normativos para desentrañar relaciones de consecuencia entre ellos y descifrar el sentido general de todo el sistema o de sus subsistemas jurídicos. Por ello, todo el sistema jurídico deberá ser considerado coherente y ordenado, lo que implica que este no tiene lagunas, teniendo el intérprete siempre posibilidades interpretativas dentro del propio sistema. (Moreno, 2018, p. 18).

Como bien indica Díaz (2016, p. 17), el criterio de interpretación sistemático se ancla en tres argumentos principales: (1) la coherencia propia del ordenamiento jurídico, que busca que los resultados de un ejercicio interpretativo no sean incompatibles con la aplicación de otras normas; (2) el argumento *sedes materiae*, entendido como la atribución de significado a un enunciado normativo según su lugar dentro del ordenamiento jurídico; y (3) el argumento sistemático en sentido estricto, que busca atribuir significado a un enunciado normativo teniendo en cuenta otras disposiciones.

Por otra parte, Gascón y García Figueroa (2003, p. 192) añaden dos argumentos más al método de interpretación sistemática: (4) el argumento de la constancia terminológica, dada la constancia de los vocablos que emplea la autoridad normativa; y (5) el argumento económico, en tanto cuando un ejercicio hermenéutico suponga una reiteración de resultados deberá prescindirse de esas reiteraciones.

Escobar (2005, p. 88) destaca que el criterio de interpretación sistemático busca que la norma sea interpretada en un contexto normativo particular, incorporando jerarquías internas según la especificidad de la norma, lo que hace que el intérprete prefiera la aplicación de la norma más específica sobre aquella más abstracta.

Del mismo modo, Canosa (2022, p. 75) señala como principal función del método sistemático dotar de coherencia a los resultados interpretativos, ya que permite entender el sistema jurídico desde su conjunto. De este modo, el carácter invasivo de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico hace necesario que se aplique este método de interpretación de forma

constante por parte de los tribunales constitucionales. Esto, sin lugar a dudas, cumple la función de irradiación de la Constitución en todo el sistema jurídico.

El criterio de interpretación sistemático ha sido aplicado en consonancia con el criterio de interpretación finalista, lo que ha desembocado en una ampliación de la protección de los derechos constitucionales, refutando la tesis formalista de los derechos fundamentales y extendiendo la aplicación de la acción de tutela a otra categoría de derechos, como también declarando la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. (López, 2006, pp. 39-44).

Bajo esta perspectiva, la aplicación del método sistemático conlleva el empleo del método teleológico, lo que implica, primero, el análisis de las estructuras normativas para adecuarlas a la finalidad que busca ese sistema (Tamayo, 2013, p. 221). Del mismo modo, la interpretación histórica y la interpretación sistemática tienen una connotación correctora que tiende a presentar una aplicación extensiva o restrictiva de las normas a interpretar, a partir del ejercicio hermenéutico que combina diferentes enunciados normativos de diversas normas; la aplicación del criterio *sedes materiae*, que permite atribuir significado a la norma según su ubicación en la estructura normativa; la constancia del lenguaje de la autoridad normativa; y la aplicación del precedente, todo ello bajo el argumento de la plenitud hermética del sistema jurídico. (Guastini, 1999, pp. 227-230).

El criterio sistemático tiene una especial importancia para los tribunales constitucionales al momento de realizar el control de constitucionalidad de una norma, ya que la norma infraconstitucional deberá ser siempre interpretada de conformidad con la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, guardando la coherencia del sistema y garantizando la unidad interpretativa. (Díaz, 2016, p. 15).

3.2.1.5.- Corolario de los métodos tradicionales de interpretación

En primer lugar, el ordenamiento jurídico colombiano no establece reglas de prioridad o preferencia entre los métodos tradicionales de interpretación, lo cual propicia un amplio margen de discrecionalidad judicial al momento de interpretar las normas jurídicas. Esta ausencia de límites evoca una ideología de la interpretación de corte evolutivo y corrector, que permite la modificación de los sentidos o significados de los enunciados normativos, desconociendo la autoridad de los órganos creadores de los textos. Bien diría Raz (1985, p. 243) que, cuando no se cuenta con reglas claras que guíen la interpretación, los jueces se ven obligados a actuar discrecionalmente, lo que posibilita la creación judicial de nuevas normas.

En todo caso, no podrá perderse de vista que una ideología de la interpretación que respete la voluntad popular y las autoridades normativas no puede caer en la incertidumbre hermenéutica del juez constitucional. Por el contrario,

debe contemplar medios que doten al sistema jurídico de una mediana certidumbre. Uno de los primeros elementos que podrá explorarse en el capítulo final de este texto será la necesidad de establecer reglas de prioridad de un método sobre otro, de manera que pueda hacerse prevalecer determinado sentido del enunciado normativo y reducirse la selección estratégica de métodos por parte del intérprete.

3.2.2.- La crisis de la subsunción y la asunción de los principios jurídicos: la interpretación de las constituciones principialistas como modelo ideológico

Las técnicas o métodos de interpretación tradicionales ya esbozados rememoran una metodología propia del Estado de derecho, con una tipología normativa de reglas y un enfoque predominantemente legislativo. No obstante, como ya se indicó, las constituciones del NCL se caracterizan por ser textos con un alto grado de enunciados normativos abiertos, que evocan una tipología principialista de los derechos. Por esta razón, los procesos interpretativos del control de las normas infraconstitucionales terminan dirigidos a determinar su legitimidad de cara a los principios o derechos expresados por el constituyente. Esto conlleva una doble dimensión de la interpretación de los enunciados normativos expresados como principios: la concretización de los principios para ser aplicados a situaciones fácticas puntuales y la ponderación cuando dos principios entran en colisión. (Guastini, 2008, p. 73).

A diferencia de los principios, el enunciado normativo de las normas tipo regla lleva consigo una consecuencia jurídica a partir de un supuesto de hecho concreto. Mientras tanto, los principios comúnmente son relacionados con normas fundamentales y normas estructuralmente indeterminadas. Como normas fundamentales, se constituyen en un elemento esencial de la estructura normativa, dando fundamento axiológico a las demás normas del sistema jurídico, sin requerir fundamentación ético-política adicional. Como normas estructuralmente indeterminadas, tienen una estructura abierta que permite que sean normas derrotables, es decir, normas ausentes de condiciones cerradas para su aplicación. Además, son normas genéricas que exigen concretar su aplicación a partir de otras normas, y su actualización se da de forma diferente. (Guastini, 2008, pp. 73-77).

No obstante, debe considerarse que los principios jurídicos no solo son tipologías normativas de la Constitución, sino que también encuentran sustento en normas infraconstitucionales, aunque su irradiación será menor debido al carácter predominante de las reglas. Por otra parte, la aparente indeterminación de los enunciados normativos contenidos en la Constitución también es

una constante en las disposiciones infraconstitucionales, llevando incluso, en ocasiones, al juez constitucional a determinar el contenido de la legislación.[106]

De este modo, a partir de la tipología normativa de los principios jurídicos, la interpretación de la Constitución pregonará una aparente especificidad, diferenciándose de los métodos de interpretación propios del Estado de derecho y de la ley como fuente jurídica predominante. La interpretación constitucional en el Estado de derecho era prácticamente nula, al quedar supeditada al principio de soberanía parlamentaria, que interpretaba las normas constitucionales a través de la ley. No obstante, en el Estado moderno, aunque las constituciones contienen ciertos postulados políticos, el cambio cualitativo frente al Estado clásico de derecho será su naturaleza jurídica, que implica que los jueces sean sus intérpretes auténticos (López, 2018, pp. 100-102).[107]

Ahora bien, en constituciones como las pertenecientes al NCL, el carácter soberano del poder legislativo quedará subordinado a la voluntad popular, que trasladará el control de las normas infraconstitucionales a los tribunales constitucionales. Sin embargo, el principio de soberanía popular implica que tanto los poderes controlados como el controlador estén sujetos a límites.

En todo caso, algunos autores defienden la idea de que la interpretación constitucional presenta algunas características propias en relación con el objeto de interpretación, distanciándose de la interpretación de las normas de carácter legal, en tanto los problemas interpretativos que surgen en la Constitución resultan ser distintos a los de la ley, como también sus intérpretes resultan ser diferentes. (Pozzolo, 1998, p. 341; Atienza, 2016, p. 80).

A pesar de las diferencias esgrimidas entre la interpretación constitucional y la interpretación legal, el principal argumento de la especificidad de la interpretación constitucional se sustenta en la diferenciación o tipologías normativas

106 Véase el caso de las sentencias integradora aditivas.

107 Del mismo modo GUASTINI (2016, pp. 2011-2017) ha señalado que la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional se sustenta en una perspectiva descriptiva que entiende que la interpretación de la Constitución es diferente a la de la Ley de hecho ya que los intérpretes de la Constitución son distintos, los problemas y métodos de interpretación son particulares; mientras que la perspectiva prescriptiva entiende que para la interpretación de los enunciados constitucionales se deben interpretar diferentes métodos de interpretación a los de la Ley debido a su tipología normativa que contempla principios y valores; expresa relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos; la vocación de duración de los textos constitucionales. En cualquier caso, las disputas primarias en torno a los métodos de interpretación constitucional se circunscriben a los métodos de interpretación literal e intencional como a las posiciones estáticas y dinámicas de la interpretación..

que presenta la Constitución, de las cuales deviene una ideología interpretativa propia del poder constituyente.

Desde otro tipo de pensamiento doctrinal, las reglas, como tipología propia del Estado clásico de derecho sustentado en la legislación, estarán diametralmente opuestas a los principios jurídicos como tipología propia del Estado constitucional de derecho. Las principales diferencias entre una y otra tipología podrán sintetizarse en tres dimensiones: estructurales, razones para la acción y aquellas vinculadas al poder.

Estructuralmente, los principios son normas abiertas catalogadas como mandatos de optimización, mientras que las reglas serán normas cerradas que obedecen a una aplicación de todo o nada. Como razones para la acción, los principios son independientes de su contenido, generándose una relación de preferencias condicionadas y razones *prima facie* que suministran razones para ser debatidas con otras, siendo un modelo ideal para el juez. Por otra parte, las reglas se plantean como razones excluyentes que se aplican sin mayores consideraciones, propias del modelo ideal del legislador (López, 2018, pp. 108-120).

Habrá quienes consideren que los métodos tradicionales de interpretación son insuficientes para desplegar toda la fuerza normativa de la Constitución, en tanto no permiten la exploración de la dimensión axiológica del texto constitucional. En consecuencia, los métodos interpretativos como la ponderación permiten proyectar la dimensión axiológica de la Constitución y, a su vez, su actualización a las nuevas realidades sociales (Canosa, 2022, pp. 70-71)[108], reafirmando cómo el derecho por principios lleva inexorablemente a una ideología de la interpretación evolutiva y anclada en el derecho de los jueces.

Ruiz Manero (2012) ha señalado la existencia de una visión estándar del principialismo que permite diferenciar reglas y principios según sus condiciones de aplicación, dado que las reglas están integradas por elementos que permiten la realización de una determinada conducta, mientras que los principios permiten ordenar la realización de una determinada conducta de manera abierta. Al respecto explica:

> Los principios no pueden, por su propia configuración, eximir da sus destinarios de la tarea de determinar si es unas determinadas condiciones o circunstancias

[108] Del mismo modo ha señalado el autor español: "Hemos de tener presente que las disposiciones constitucionales recogen decisiones políticas fundamentales adoptadas por el constituyente y que se despliegan en una cambiante realidad política. El supremo interprete ha de ponderar, pues, esa realidad donde las normas, con toda su dimensión axiológica, se proyectan, y al mismo tiempo, advertir que tal realidad se transforma constantemente.". (p. 70)

lo ordenado por un cierto principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente. (pp. 822-823)

Por su parte, Gascón y García Figueroa (2003, p. 229) presentan tres tesis básicas para distinguir los principios de las reglas: (1) una tesis fuerte de la separación, que considera estas tipologías como excluyentes entre sí; (2) una tesis débil de la separación, que considera que existe una diferencia de grado, en tanto los principios son generales, pero las reglas igualmente pueden serlo; los principios son vagos, pero las reglas también lo pueden ser; y los principios pueden ser fundamentales, pero las reglas también; y (3) la tesis de la conformidad, que asimila las tipologías de principios y reglas.

Del mismo modo, los autores españoles presentan una serie de diferencias entre los principios y las reglas, adoptando una tesis fuerte de la separación:

▶ Tabla 17. Diferencias entre reglas y principios

Tipología normativa	Aplicación	Textura	Funcionalidad
Reglas	Todo o nada	Cerradas	Razones para la acción perentorias
Principios	Más o menos aplicación	Abiertas	Razones para la acción no perentorias

Fuente: Elaboración propia

Con todo, se destaca que las reglas ofrecen posibilidades de determinación de los ámbitos jurídicamente y fácticamente posibles, situación que no ocurre con los principios jurídicos, ya que estos serán aplicados de forma gradual según sus posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios serán máximas de optimización que buscan ser aplicadas en mayor o menor medida; se trata de normas ideales y de carácter *prima facie*, en tanto no contienen determinaciones concretas (Gascón & García Figueroa, 2003, pp. 247-249).

En todo caso, la distinción entre reglas y principios evoca una idea centrada en una teoría de la argumentación, que permite entender las disputas interpretativas entre determinadas tipologías normativas (Gascón & García Figueroa, 2003, p. 264). No obstante, debe considerarse que esta diferenciación antecede a la teoría de la argumentación como una teoría del sistema jurídico, donde el mismo poder constituyente predispone sus tipologías normativas con el fin de establecer una determinada ideología de la interpretación constitucional que, como ya se dijo, amplía la indeterminación de los enunciados y el espectro discrecional del intérprete.

Según la concepción que se adopte de la separación entre principios y reglas, se acogerá la idea de especificidad o no de la interpretación constitucional. En

todo caso, los tribunales constitucionales han optado por la segunda opción, entremezclando algunas ideas propias del Estado clásico de derecho con sus métodos primigenios de interpretación. Véase cómo, muy tempranamente, la CCC acogió una concepción fuerte frente a la separación entre reglas y principios, deviniendo de su jurisprudencia nuevas formas y metodologías interpretativas distintas a las tradicionales.[109]

Ahora bien, dentro de la cultura jurídica predominantemente neoconstitucionalista se defiende la tesis fuerte de la separación para posibilitar escenarios interpretativos donde los jueces tienen mayores márgenes de discrecionalidad que los habituales. Por ello, según la tesis adoptada por el intérprete, podrá definirse la ideología de la interpretación constitucional practicada.

Alexy (1997) ha señalado que las fórmulas clásicas de interpretación propias del Estado clásico de derecho deben ser revalidadas en el Estado constitucional de derecho por cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico; (2) el conflicto de normas; (3) los vacíos normativos que necesitan regulación; y (4) el carácter injusto de la aplicación textual de una norma. Del anterior enunciado se considera que puede darse cuenta de la teoría política que en sí misma conlleva la tesis neoconstitucionalista, esto es, la supremacía del juez constitucional mediante un amplio margen de interpretación.

Ante este escenario diferenciador entre modelos distintos, como lo son el Estado de derecho y el Estado constitucional, así como sus tipologías normativas predominantes, podrían plantearse ciertas consecuencias desde el cambio constitucional. En los modelos de reglas se dará un mayor cambio constitucional a raíz de los cambios propios de la sociedad y de la imposibilidad de las estructuras normativas para adaptarse en el tiempo, lo que termina por darle un papel predominante al legislador en el sistema jurídico y una limitadísima vocación de duración a las normas.

---

109 La CCC en un inicio expuso sobre los principios jurídicos en sentencia T-406 de 1992: "b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (…). Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406 de 1992).

Por otro lado, en los modelos de principios propios de los Estados constitucionales de posguerra se presentan menores posibilidades de cambio por vías democráticas, pero también estructuras normativas con mayores márgenes de adaptación en el tiempo a través de la interpretación constitucional. Esto implica una visión política anclada en el poder judicial, que propicia el cambio de la norma fundamental a través de su intérprete auténtico. De este modo, Zagrebelsky (2008, pp. 117-118) destaca cómo la incorporación de enunciados normativos tipo principio tiene incidencia en una ideología de la interpretación que guía las decisiones interpretativas a las realidades sociales y fácticas de una sociedad, propiciando un marco institucional que permite las mutaciones constitucionales.

▶ Tabla 18. Modelos normativos, cambio constitucional y vocación temporal.

Modelos	Posibilidades de cambios democráticos	Posibilidad de cambios por vía interpretativa	Vocación de duración en el tiempo
Reglas	Mayor	Menor	Menor
Principios	Menor	Mayor	Mayor

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, en los modelos del NCL sustentados en la legitimidad democrática de la creación constitucional, se debería romper con estos esquemas, en tanto es menester evitar los cambios constitucionales por los poderes constituidos. Los cambios por vía de interpretación constitucional resultan ilegítimos a la luz de una teoría democrática, pues deben guardar coherencia ontológica con la noción de poder constituyente. No obstante, se deberá garantizar un equilibrio entre la Constitución material que, a través de principios jurídicos, regula todos los escenarios de hecho posibles y, a su vez, la necesidad de actualizar conscientemente estos enunciados por parte del juez constitucional:

> Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción abierta de las Constituciones de principios es justamente eso: es que se traslada (o así debería ser) el legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales. (Gascón & García Figueroa, 2003, pp. 308-310)

Las estructuras y tipologías normativas permiten mayores niveles de creatividad en los jueces, creatividad que desemboca en una ideología evolutiva o de la Constitución viva (Canosa, 2022, p. 281). En consecuencia, los modelos normativos pueden ir en contra de la misma voluntad suprema y de la ontología del poder constituyente.

Pese a lo esgrimido, en la realidad de las constituciones del NCL, plagadas de tipologías normativas tipo principio que requieren márgenes medianamente objetivos para su interpretación, se hace recurrente el discurso metodológico con el fin de evitar ejercicios de pura creación normativa que pudiesen subvertir la voluntad popular. En todo caso, la racionalidad judicial implícita aparece como un supuesto límite a la discrecionalidad y al subjetivismo judicial. Es por ello que los tribunales constitucionales han adoptado fórmulas metodológicas para controlar la racionalidad de las decisiones judiciales que tienen como objeto la Constitución y, en consecuencia, los principios jurídicos.

Por otra parte, Martínez Dalmau (2012, pp. 635-636) explica que las constituciones democráticas diferencian la interpretación de la Constitución de la interpretación legal debido al órgano creador de cada norma. Lo anterior, por cuanto en el constitucionalismo democrático deberá indagarse por la voluntad creadora del texto supremo, y porque el intérprete se ve enfrentado constantemente a tener en cuenta criterios metajurídicos como referentes de validez de las demás normas del ordenamiento jurídico. De esta forma, las constituciones democráticas, como obras del poder constituyente, no pueden ser interpretadas de igual forma que la ley, dado que ello sería equiparar el poder constituyente al poder constituido, generando un vacío de legitimidad democrática que pondría en riesgo la garantía de los derechos y la democracia misma.

Así las cosas, los intérpretes constitucionales no solo acuden a los criterios tradicionales de interpretación propios de la ley,[110], sino que además recurren a otras fórmulas interpretativas para descifrar el sentido de los enunciados nor-

[110] Al respecto LÓPEZ (2018) señala sobre la compatibilidad de los métodos tradicionales de interpretación con la Constitución: "sin embargo, como se apuntó, la Constitución no es una norma cualquiera del ordenamiento jurídico que permita una aproximación con el mismo bagaje y la metodología propia de las demás normas del sistema. la Constitución es la norma fundante del ordenamiento, que define el sistema de fuentes y se diferencia de las demás en que todas las normas derivan de forma directa o indirecta de aquella. En especial, la peculiaridad de su interpretación reside también en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las normas constitucionales que la integran a las opciones interpretativas que la conforman. Por ello, la particularidad de la interpretación de la Constitución en relación con la ley no descansa en que las reglas o métodos de la interpretación legal no sean útiles en materia constitucional, sino que, siendo necesarios también para la interpretación Constitución, los métodos tradicionales de la interpretación iusprivativista son insuficientes por la propia naturaleza del texto interpretado. La insuficiencia de los métodos jurídicos tradicionales para interpretar la Constitución deriva de que los mismos se encuentran elaborados con categorías propias para la resolución de conflictos de naturaleza privada, en tanto que el texto fundamental da cabida a un pluralismo político que subyace una idea de consenso. De hecho, la intención que guie predominantemente al interprete determinara el papel que cada uno de los métodos deba desempeñar en la tarea interpretativa, lo cual ha llevado a argumentar que una utilización

mativos tipo principio. En el constitucionalismo contemporáneo, el intérprete debe recurrir a métodos no tradicionales que le permitan justificar externamente sus decisiones judiciales (Martínez Dalmau, 2012, p. 635). A diferencia de las reglas jurídicas, los principios más que interpretados deberán ser concretizados, lo que se traduce en que el principio a interpretar deba ser reducido a una regla precisa que, dadas las expresiones político-morales involucradas, requerirá juicios de valor por parte del intérprete (Guastini, 2008, pp. 78-80). No obstante, la concretización implica un ejercicio interpretativo que permite determinar las reglas implícitas del principio, al punto de que en el caso de conflictos entre principios surge una nueva regla que determinará los casos a futuro, lo que inexorablemente trae consigo un escenario de creación normativa sin límite alguno.

3.2.2.1.- La ponderación y el test de proporcionalidad: una breve explicación metodológica y sus principales críticas

El principio de proporcionalidad es definido por Bernal Pulido (2014) de la siguiente manera:

> El principio de proporcionalidad, por el contrario, consiste en una estructura que permite tener en cuenta las diversas disposiciones, principios y fines que colisionan a causa de una ley de intervención en los derechos fundamentales. Estas disposiciones no son únicamente el derecho fundamental afectado y la propia ley de intervención, sino también las disposiciones constitucionales que fundamentan la intervención legislativa, incluidas las disposiciones que atribuyen al legislador la competencia de configurar la Constitución y de fijar los derroteros de la vida política. (p. 699)

Reconociendo la utilidad práctica de los métodos de interpretación, estos resultan insuficientes dadas las particularidades propias de la Constitución, lo que lleva a hablar de una especificidad de la interpretación constitucional. Así las cosas, la Constitución, como límite y mandato a los poderes públicos de carácter abierto, implica que los métodos clásicos de interpretación resulten nugatorios en muchos casos (Díaz, 2016, p. 21). Del mismo modo, el establecimiento de mecanismos abstractos de control de constitucionalidad ha llevado a que la doctrina pregone la imposibilidad de realizar juicios de subsunción y, por el contrario, apele a la proporcionalidad, debido a la colisión de principios jurídicos contenidos en el ordenamiento jurídico y a la creación normativa por parte de las autoridades públicas (Monroy, 2007, p. 214). Por eso, el principio de proporcionalidad y la ponderación han sido entendidos como técnicas de

diversa de los métodos, si bien incrementa la capacidad de respuesta de los tribunales, aumenta su libertad como intérprete de la norma.". (pp. 130-131)

argumentación de los jueces para evaluar la constitucionalidad de una medida adoptada por un órgano normativo (Monroy, 2007, p. 191), tratándose de un procedimiento posterior al momento de interpretación.

En los nuevos modelos constitucionales, la ponderación resulta ser el método más común para interpretar la Constitución. La ponderación tendrá como principales presupuestos: (1) la concepción de los enunciados de la Constitución como normas tipo principio y no como reglas jurídicas; (2) la maximización de un derecho en detrimento de la minimización de otro al realizar un ejercicio de ponderación, tratándose de jerarquías para casos específicos; (3) la labor de ponderación como método también utilizado por el legislador; y (4) el deber del juez constitucional de velar porque el sacrificio de un derecho frente a otro no resulte desproporcionado. (Díaz, 2016, pp. 21-22).

Bernal Pulido (2014) señala que el principio de proporcionalidad tiene un doble estatus jurídico, en tanto se representa como un principio general del derecho que se entiende como criterio de interpretación y, además, como límite de los límites de los derechos fundamentales.[111] Respecto de la primera tesis, el principio de proporcionalidad resulta orientativo de la interpretación jurídica, constituyéndose en un principio general del derecho de carácter metodológico. Así las cosas, los métodos tradicionales de interpretación pueden ser aplicados junto con el principio de proporcionalidad. (Bernal Pulido, 2014, p. 662).

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también evoca un antagonismo respecto de los métodos clásicos de interpretación, en tanto el primero, como

111 "La definición del principio de proporcionalidad como un límite de los límites de los derechos fundamentales tiene el valor de poner en evidencia que este principio, la competencia legislativa de configuración de los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes limitativas de los mismos se relacionan entre sí, interactúan de manera continuada. Los derechos fundamentales no encierran al legislador dentro de un catálogo predeterminado y estricto de opciones políticas, sino que se armonizan con la libertad del Parlamento para regular la vida social y para configurar y adecuar el ejercicio de los derechos a las conveniencias de la comunidad. Bien es cierto que en el Estado Constitucional los derechos fundamentales no se garantizan en la medida en que lo disponga la ley. (…) las restricciones legislativas de los derechos fundamentales solo deberán ser declaradas inconstitucionales si aparecen como desproporcionadas, si exceden el marco constitucional de posibilidades, si limitaban tales derechos innecesariamente, sin justificación plausible, sin razón.". (p. 669); del mismo modo López (2017) señala sobre la naturaleza del principio de proporcionalidad: "La generalizada aceptación que hoy en día goza la doctrina jurídica el principio de proporcionalidad conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en una doble vertiente, es decir, como el criterio de actuación y como parámetro de control. De manera que todos los poderes públicos, sea cual en su ámbito y modo de actuación, deben actuar, pues, de conformidad con el principio de proporcionalidad y, a su vez, pueden ser controlados jurisdiccionalmente desde esta perspectiva". (p. 187)

método extrasistémico, favorece la discrecionalidad judicial, contemplando la necesidad de retornar a las clásicas técnicas de interpretación constitucional:

> De este modo, la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales pasaría por el análisis del significa literal de las disposiciones que los consagran, por el descubrimiento de las intenciones del constituyente y de los objetivos de las propias normas, y, finalmente, por la reconstrucción de las relaciones sistemáticas que existen entre ellas. (Bernal Pulido, 2014, p. 693)

Respecto de los métodos tradicionales de interpretación, la doctrina ha presentado sendas objeciones a las relaciones entre la ponderación y dichos métodos, debido a que estos fueron creados bajo una tipología o estructura normativa diferente a la de los derechos constitucionales. Así, los derechos constitucionales tienen un alto grado de abstracción que impide que su interpretación se dé exclusivamente por estas vías. No obstante, también se ha indicado que existen relaciones de complementación entre ambos, dado que el principio de proporcionalidad tiende a llenar aquellos vacíos jurídicos que pudiesen dejar los primeros. Del mismo modo, los métodos tradicionales de interpretación ofrecen razones para el desarrollo de los subprincipios del test (Bernal Pulido, 2014, p. 694).[112]

Empero, no se puede olvidar que el principio de proporcionalidad es una técnica de interpretación que busca definir la legitimidad de la restricción de un derecho constitucional a través de una ley, siendo el objeto de análisis una norma infraconstitucional de la cual podría subyacer un principio constitucional. Por ello, los métodos tradicionales de interpretación no son ajenos al principio de proporcionalidad. Incluso, autores como Ferrajoli (2010) asemejan este principio a la técnica sistemática de interpretación:

> En cuanto a la ponderación jurisdiccional, parece poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja interpretación sistemática, conocida desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás normas del sistema. Sin embargo, hay una diferencia que hace de la ponderación —concebida, por oposición a la subsunción reservada a las reglas, como un tipo de razonamiento ordinario y generalizado

112 Del mismo modo se señala: "Ahora bien, ya dentro del marco de la aplicación del principio de proporcionalidad, los cánones tradicionales de la interpretación siguen cumpliendo su función y adquieren importancia destacable. Esta circunstancia encuentra su razón de ser en el hecho de que el juicio de proporcionalidad deber ser complementado con los diferentes argumentos provenientes de la argumentación práctica general, y, como es bien sabido, los cánones interpretación participan intensamente en la construcción de dichos argumentos." Bernal Pulido, 2014, p. 696); Alexy (1997, p. 212) ha señalado que las funciones de los cánones de interpretación consisten en la fundamentación de las interpretaciones.

> para todos los principios— una técnica argumentativa que amplia indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley. (pp. 46-47)

Nótese cómo para el profesor italiano la diferencia de la ponderación frente a las técnicas de interpretación tradicionales versa sobre un enfoque cuantitativo del margen de discrecionalidad judicial. Esto es, no señala que respecto de los métodos tradicionales no pueda darse un escenario de discrecionalidad, sino que, cuando se trata de ejercicios de ponderación, la discrecionalidad del juez será aún mayor. Por otra parte, también expondrá cómo la ponderación representa una idea política tendiente a amplificar el poder de los jueces y desconocer el principio de legalidad, anulando la capacidad normativa de los demás poderes constituidos, con lo cual los jueces estarían facultados a modificar de manera informal los contenidos constitucionales y también las normas de índole infraconstitucional.

En el caso colombiano, la jurisprudencia de la CCC ha identificado que el principio de proporcionalidad busca generar equilibrio entre dos derechos que entran en colisión. Así las cosas, según el alto tribunal, este principio no es una directiva de interpretación explícitamente positivizada por el poder constituyente, sino que resulta ser un principio implícito a la interpretación en el Estado de derecho, que busca que los poderes públicos desarrollen sus funciones en el marco competencial establecido por el constituyente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-916 de 2022).

Es por ello que esta metodología implica un concepto relacional que pone en equilibrio los derechos en disputa y permite la garantía del principio de corrección funcional de las autoridades públicas. Por ello, más que constituirse en un principio de carácter normativo, el test de proporcionalidad será un instrumento metodológico compuesto por la finalidad adecuada de la norma que se revisa, un grado de conexión racional entre la norma y su finalidad, la necesidad de los medios empleados por el legislador y la ponderación de la vulneración del derecho (Barak, 2017, p. 159). Al respecto se podrá exponer:

> De manera típica, la proporcionalidad se describe como un criterio que determina la relación adecuada entre los fines y los medios. Esta descripción puede ser engañosa. Ella puede sugerir que los únicos factores relevantes a considerar en la proporcionalidad son los fines y los medios escogidos para alcanzarlos; esto no es exacto. Los medios escogidos no son solo examinados en relación al propósito que ellos están dirigidos a lograr; ellos son también examinados en relación al derecho fundamental. Ellos proporcionan la justificación para la restricción del derecho. Solo los medios que pueden pasar ambos exámenes son medios adecuados. Solo cuando la importancia social del beneficio que se logra con la realización del fin adecuado es mayor que la importancia social de evitar la vulneración causada por

> la restricción del derecho, podemos decir que tal restricción es proporcional. Así, la proporcionalidad examina el fin de los medios, el derecho fundamental y la relación adecuada entre ellos. (Barak, 2017, p. 160)

Bernal Pulido (2014, p. 509) destaca que la proporcionalidad no puede catalogarse como un principio, ya que no tiene un componente normativo ni se constituye en un mandato imperativo para las personas y las autoridades públicas. Sin embargo, sí sirve como una metodología de interpretación que aliviana las contradicciones entre los derechos fundamentales.

Del mismo modo, Barnes (1997, pp. 22-23) señala que el principio de proporcionalidad se constituye como un canon constitucional que controla a los demás poderes públicos e incluso la misma actividad jurisdiccional. Además, será visto como un principio general del derecho ampliamente reconocido por los tribunales constitucionales y de derechos humanos.

El hecho de que el principio de proporcionalidad sea entendido como una metodología para interpretar las tipologías abiertas o principialistas de derechos fundamentales conlleva un aparente límite a la interpretación de los jueces constitucionales, que permite que las decisiones judiciales sean tomadas bajo un margen mínimo de razonabilidad. La razonabilidad deriva en sí misma de un método que evita la discrecionalidad del intérprete. Por ello, la proporcionalidad también podrá ser entendida como un test que ofrece herramientas argumentativas que posibilitan abordar razonablemente un caso a través de instrumentos objetivos y controlables, en donde el juez garantiza los derechos constitucionales bajo el respeto de las competencias asignadas por el constituyente a cada institución. (Vázquez, 2016, p. 28).

El principio de proporcionalidad es un método compuesto por otras herramientas que permiten determinar la licitud de la medida normativa que afecta derechos, evitando la inutilidad, la innecesariedad y el desequilibrio desproporcionado de la intervención. (López, 2017, p. 194).

Ahora bien, como método de interpretación de los derechos constitucionales, el principio de proporcionalidad podrá encontrar sustento directo en el ordenamiento jurídico, como ocurre en el caso ecuatoriano, que tendrá como referente el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [113] constituyéndose en un método establecido por vías demo-

[113] "Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.–Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que

cráticas que habilita al intérprete para su uso y otorga mayor legitimidad a las decisiones del tribunal constitucional cuando se emplea este método. No obstante, en ordenamientos jurídicos como el colombiano ha sido un método de carácter pretoriano, creado por el mismo tribunal constitucional con el fin de racionalizar su poder, buscando en apariencia la garantía del principio democrático y de separación de poderes, así como la legitimación de la tarea del juez constitucional.

En modelos como el colombiano, el principio de proporcionalidad y la ponderación resultan irrenunciables e implícitos al mundo de los derechos y principios constitucionales, en tanto evocan expresiones de justicia acordes al Estado de derecho que permiten un equilibrio entre los postulados constitucionales, pero además la reducción de la invasión de los tribunales constitucionales en las competencias de los demás poderes constituidos. (Barnes, 1997, pp. 34-35).

El test de proporcionalidad es una construcción metodológica integrada por distintas etapas o categorías objetivas que, si bien no buscan eliminar de tajo la subjetividad de los jueces, sí pretenden servir de límite a esta. Al respecto, Vázquez (2016) dispondrá sobre estas categorías:

> Las categorías o criterios son objetivos porque anteceden al caso y son siempre las mismas. La identificación del tipo de categorías o criterios de cada test es uno de los elementos centrales en la aplicación de esta herramienta argumentativa, se refiere a preguntas, cuestiones o aspectos que, quien aplique este test, debe verificar antes de estipular si una decisión u omisión es razonable. Además, la determinación es prudencial porque apela a lo justo en el caso concreto. En este sentido, la justicia lo es siempre a la luz y a partir del caso, y es también un proceso de construcción en la medida que se van resolviendo las categorías que integran el test. (p. 29)

En un sentido metodológico, el test de proporcionalidad se encuentra integrado por tres fases que permiten al juez constitucional identificar si las medidas legislativas sobre los derechos constitucionales resultan legítimas y acordes con la Constitución Política. Al respecto, la CCC ha señalado:

---

en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro." Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional

> En otras palabras, es a partir de este especifico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-144 de 2015)

El test de proporcionalidad estará integrado por los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad se encontrará circunscrita a los fines de las medidas diseñadas por el legislador que afectan un derecho constitucional. Por ello, las medidas deberán tener un fin legítimo a la luz del ordenamiento jurídico.

La etapa de necesidad se refiere a la escogencia de los medios para la consecución de los fines de la medida. La necesidad conlleva necesariamente que el juez constitucional determine si existían medios menos invasivos de los derechos constitucionales para el cumplimiento de los fines planteados por el legislador.

La proporcionalidad en sentido estricto implica una ponderación entre las afectaciones sufridas por el derecho a partir de las medidas normativas de la autoridad normativa y las razones de justificación de la intervención. Así las cosas, las afectaciones a los derechos constitucionales no podrán ser superiores a los beneficios perseguidos por la autoridad. De este modo, la proporcionalidad es entendida como un juicio de ponderación que, a tenor de la CCC, «ofrece como un criterio metodológico racional que permite analizar la relación entre las libertades fundamentales y sus posibles limitaciones». (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-027 de 2018).

La proporcionalidad en sentido estricto conlleva la aplicación de la fórmula del peso enunciada por Alexy (2008, p. 15), que permite la optimización de las posibilidades jurídicas de un conflicto normativo, por cuanto, cuanto más invasiva sea la intervención de un derecho, mayor deberá ser el nivel de trascendencia de la aplicación del otro.

Otra cosa será el principio de proporcionalidad, dado que este buscará determinar cuándo la intervención a determinado derecho resulta legítima o no. Así las cosas, la intervención legislativa a un derecho deberá superar tres etapas al realizar el juez el control de constitucionalidad: en primer lugar, revisar la idoneidad de la medida; en segundo lugar, su necesidad; y, finalmente, su proporcionalidad en sentido estricto. (Díaz, 2016, p. 21).

La CCC ha desarrollado a través de su jurisprudencia el test de proporcionalidad bajo la teoría alemana, que considera a este como una concreción del

principio de razonabilidad.[114] En Colombia, la aplicación del test de proporcionalidad ha sido una constante en su devenir jurisprudencial debido al carácter popular de las acciones constitucionales y al ejercicio de un control fuerte y concentrado de constitucionalidad.

Quinche (2022, p. 262) ha indicado como pasos previos para la aplicación del test de proporcionalidad y del principio de razonabilidad: (1) identificar la medida adoptada por la autoridad normativa; (2) elegir el test de razonabilidad que se va a aplicar según su intensidad; (3) aplicar el test; y (4) formular la conclusión del test.

Ahora bien, de las anteriores etapas, la que resulta de mayor importancia para efectos metodológicos es la elección del test que se aplicará a la intervención legislativa, entendiendo que existirán determinadas intensidades según las materias sobre las que recaiga la intervención, lo que hará variar su metodología.

[114] Muy prematuramente la CCC señalara la relación entre proporcionalidad y razonabilidad: "La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.". (Corte Constitucional De Colombia, sentencia C-022 de 1996)

▶ Tabla 19. Intensidades del test de proporcionalidad

Tipo de test	Materias	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en sentido estricto
Test estricto	Cuando se establezcan diferencias de trato según las categorías señaladas por el artículo 13 de la Constitución; cuando la medida recaiga sobre sujetos en condiciones de debilidad manifiesta, marginalidad o grupos vulnerables; cuando la diferencia de trato afecta un derecho fundamental; o cuando se examina un privilegio.	Determinar si la medida cumple un fin legítimo y, además, si la medida es idónea para satisfacer ese fin. Los fines deben ser legítimos, importantes e imperiosos.	Deberá determinarse si, dentro de los múltiples medios para cumplir el fin, la autoridad escogió el mejor, más eficaz y menos invasivo de los derechos.	Se realiza la ponderación, en la que se sopesan las ventajas de las medidas y las desventajas de las afectaciones a los derechos, debiendo ser mayores las ventajas.
Test intermedio	Cuando la medida afecta un derecho constitucional no fundamental; cuando existan indicios de afectación a la libre competencia económica; o cuando se evalúan acciones afirmativas de discriminación.	Se examinará si la medida cumple fines constitucionalmente legítimos y si es idónea para la consecución del fin. Los fines deberán ser legítimos e importantes.	El medio escogido debe ser adecuado y conducente para el cumplimiento del fin.	No se aplica.

Tipo de test	Materias	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en sentido estricto
Test leve	Cuando la medida recaiga sobre materias económicas, tributarias o de política internacional; cuando se trate del ejercicio de una competencia específicamente ejercida por un órgano constitucional; o cuando no se vislumbre amenaza a un derecho constitucional.	Se examina que la medida busque un fin constitucionalmente legítimo.	El medio escogido debe ser adecuado.	No se aplica.

Fuente: Elaboración propia

Proporcionalidad y ponderación han sido entendidas tanto como sinónimos como ideas contrapuestas, teniéndose como idea más fuerte la separación de ambos conceptos. Así, la ponderación se trata de un método de decisión, mientras que la proporcionalidad será un método de control en las restricciones de derechos. En todo caso, la ponderación se encontrará inmersa en el principio de proporcionalidad como tercer subprincipio (López, 2017, p. 191). No obstante, ambos conceptos comparten la idea de ser métodos de interpretación que sirven a los jueces para dilucidar los contenidos de las normas constitucionales. (López, 2017, p. 193).

La proporcionalidad es entendida como un método propio de la ponderación, pero que guarda diferencias en sentido estricto. La proporcionalidad sirve para evaluar los actos normativos que afectan derechos constitucionales, ubicándose en un escenario de valoración de las normas, mientras que la ponderación es utilizada para resolver el conflicto entre dos principios constitucionales. Por ello, cuando se trata de conflictos entre normas constitucionales y normas infraconstitucionales, la ponderación no tiene sentido y, en consecuencia, surge el método de la proporcionalidad. (Díaz, 2016, pp. 21-22).

En apariencia, se presenta una confusión entre los conceptos de ponderación y proporcionalidad. Empero, la ponderación se tratará de una herramienta de

argumentación cuando se presentan razones justificatorias contradictorias entre dos principios, siendo un método diametralmente opuesto a la subsunción. Por ello, «el juicio de ponderación supone un método argumental que se exterioriza y controla desde sus propias reglas (ley de ponderación), con el fin de dar una prevalencia a una de las razones en conflicto». (López, 2017, p. 189).

Asimismo, Bernal Pulido (2014) diferencia la ponderación del principio de proporcionalidad, en tanto aquella se trata de una manera de evaluar las razones en favor o en contra de una solución jurídica o, en sí mismo, de un significado normativo, siendo una parte del principio de proporcionalidad en las evaluaciones de las intervenciones normativas a los derechos constitucionales. Así las cosas:

> Por lo demás, conviene señalar que, dado que la ponderación es uno de los subprincipios de la proporcionalidad, el ámbito de aplicación de estas dos figuras jurídicas resulta coincidente. Donde se aplica el principio de proporcionalidad en sentido amplio, se aplica la ponderación, y donde se aplica la ponderación, sea aplica el principio de proporcionalidad en sentido amplio. (Bernal Pulido, 2014, p. 722)

Ante la crítica de los métodos tradicionales de interpretación a los enunciados constitucionales, dicha afirmación será puesta en entredicho por las siguientes razones: (1) la existencia de preceptos abiertos en la ley; (2) la Constitución contiene en muchos casos mandatos que se superponen a la ley, determinando su contenido; y (3) no siempre se dan casos de comparación entre la Constitución y la ley, sino que existirán eventos donde el tribunal funja como juez en asuntos equiparables a los conocidos por el juez ordinario. (Díaz, 2016, pp. 23-24).

A pesar del pregonado carácter racional del principio de proporcionalidad como método de interpretación de los derechos constitucionales (Alexy, 2008, p. 77), habrá sendas críticas en contra de este tipo de métodos debido a la falta de precisión y previsibilidad respecto de sus resultados, en tanto se tratará de una interpretación siempre subjetiva, sujeta a la tipología principialista de los derechos a interpretar. (Araujo, 2006, p. 856).

Se tienen, además, como objeciones al principio de proporcionalidad: (1) la erosión de los derechos constitucionales y su fuerza normativa debido al sacrificio de sus componentes normativo y moral; y (2) la mecanización de los conflictos entre derechos constitucionales y su resolución bajo fórmulas matemáticas artificiosas tendientes a explicar la teoría del peso cuando se realiza la ponderación. (Quinche, 2022, p. 268).

No debe olvidarse que la ponderación resulta ser un método que intrínsecamente tiene un componente creativo, ya que el juez crea jerarquías axiológicas entre un principio y otro en un caso de colisión. Por ello, se trata de jerarquías móviles que cambian de caso en caso, situación criticable dada la posibilidad

de que los jueces alteren los resultados interpretativos de un momento a otro (Guastini, 2008, pp. 88-90). En todo caso, se puede destacar:

> Es entonces, evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional el camino de valor comparativo de los dos principios a la luz de otra controversia a resolver.
>
> Por otra parte, es oportuno subrayar que la ponderación no es una operación estrictamente interpretativa. La clave de la ponderación no es la atribución de significado a las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto, sino un juicio de valor comparativo (…). (Guastini, 2008, p. 91)

Martínez Dalmau (2016, pp. 141-142), desde un punto de vista estructural, explicará cómo la ponderación no puede garantizar la certeza del derecho, imposibilitando que exista una única respuesta cuando se presentan colisiones de principios jurídicos, manteniéndose siempre un margen de discrecionalidad en cabeza del juez. Por ello, la racionalidad como eje de la ponderación resulta un presupuesto de carácter relativo que impide que se trate de un razonamiento lógico e invariable.

No obstante, para el profesor español, el peligro de la ponderación no está directamente ligado al margen de discrecionalidad que pueda tener el intérprete al realizar un ejercicio hermenéutico, sino al tipo de intérprete que realice la ponderación. Por ello, cuando el principio de proporcionalidad y la ponderación son aplicados por el juez ordinario, se puede caer en el desconocimiento del principio de legalidad so pretexto de considerar la norma inconstitucional.

Así las cosas, conforme a una concepción material del Estado constitucional, caracterizado por la aplicación de la voluntad constituyente, todos los órganos se encuentran comprometidos con el cumplimiento de los principios y reglas constitucionales. El juez ordinario debe velar por el cumplimiento de la Constitución, pero de una manera extremadamente limitada, adoptando las pautas interpretativas del tribunal constitucional como único órgano con aparente competencia discrecional para resolver los conflictos normativos. (Martínez Dalmau, 2016, pp. 146-147).

No obstante, la asunción de una cultura jurídica a cargo del neoconstitucionalismo, si bien ha llevado a centrar la visión de los intérpretes judiciales en la Constitución, también ha desvalorizado la fuerza normativa de la ley, promoviendo que el juez ordinario desconozca la legislación con el pretexto de dar aplicación directa a la Constitución, corriendo el peligro de caer en las

imprecisiones y contradicciones derivadas del carácter político que tiene el texto supremo. (Balaguer, 2022, p. 140).

La ponderación, como fórmula creativa y discrecional, genera una separación entre el derecho vigente y el derecho viviente, constituyéndose en una metodología que privilegia las teorías evolutivas y dinámicas de la interpretación, debido a las mismas estructuras o tipologías normativas principios/reglas acogidas en el texto constitucional. Esto conlleva que el enfoque normativo de la Constitución sea insuficiente, quedando a merced de los jueces los derechos constitucionales y generando una ruptura del principio de separación de poderes, en donde la jurisdicción debilita los contenidos normativos a través de la principialización del derecho y sus métodos, que crean, modifican o alteran la obra del constituyente. (Ferrajoli, 2012, p. 812).

Por ende, creación y principios jurídicos tienen una relación intrínseca con la ideología de la interpretación, teniendo mayor libertad interpretativa el juez constitucional en modelos principiales que, a su vez, favorecen la creación normativa. Ahora bien, dicha creación podrá tener un alcance progresivo, pero también restrictivo de los derechos (Canosa, 2022, p. 82), de allí el principal peligro de las ideologías evolucionistas de los derechos.

Ahora bien, la ponderación resulta ser una fórmula tendiente a constituirse como un límite a las mayorías políticas, donde el juez es quien decide sobre la pugna de determinados derechos. Por ello, la ponderación minimiza los escenarios democráticos y se erige como una fórmula que restringe la idea de poder constituyente. (Prieto Sanchís, 2011, p. 202).

De este modo, los principios jurídicos y la ponderación implican escenarios de constante mutación constitucional en cabeza de los jueces, que alteran tanto el principio de soberanía popular como las capacidades legislativas de los órganos democráticos, desembocando ambas situaciones en la vulneración del principio democrático y de separación de poderes.

Con todo, la ponderación inserta dentro del principio de proporcionalidad comporta un análisis discrecional y subjetivo al determinar el peso de los derechos en juego.[115] Así, en muchas ocasiones los tribunales constitucionales aplican de manera adecuada y puntual el método predispuesto por su jurisprudencia, mientras que en otras ocasiones su aplicación es descuidada, afectando la consistencia argumentativa de la decisión. Finalmente, desde un punto de

[115] BARNES (1997) señala como patologías del principio de proporcionalidad: "(1) el abuso de la aplicación del test que deja al subjetivismo judicial el significado de la norma, atentando contra el principio de seguridad jurídica; (2) la ausencia de garantía de los derechos constitucionales debido a la relativización de los mismos a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad. (pp. 43- 44)

vista deliberativo, el principio de proporcionalidad sacrifica el carácter político y sociológico de los debates en torno a los derechos constitucionales, bajo el reduccionismo de una técnica jurídica (Quinche, 2022, p. 268). Todo esto implica una teoría política anclada en la creación y modificación de los derechos constitucionales por parte de los tribunales constitucionales, limitando el escenario democrático del poder constituyente.

Además de lo anterior, como bien señala Gascón (2016), el peligro de la ponderación no solo reside en el aspecto subjetivo y discrecional que pudiese adoptar el intérprete al momento de la decisión judicial, sino que el verdadero riesgo se encuentra en la facilidad del intérprete para recurrir a este medio con el fin de hacer prevalecer su moral sobre las normas creadas por vías democráticas. Por ello, esta idea se inserta en la necesidad de repensar el control difuso de constitucionalidad que permite a cualquier juez ponderar y solucionar conflictos entre principios.

Más bien, dada la abstracción de las normas constitucionales, el juez ordinario debería verse compelido a seguir el precedente del tribunal constitucional. Del mismo modo, el juez ordinario puede hacer uso de la principialización de casos que cuentan con una regla de derecho precisamente aplicable, dada la misma naturaleza de los principios jurídicos, lo que termina siendo una elusión a la ley y, en consecuencia, genera ejercicios de ponderación que sacrifican las reglas creadas por la autoridad normativa. Así las cosas:

> En suma, la ponderación es un recurso argumental que —si se me permite la expresión— se lo pone muy fácil a los jueces que desean eludir la aplicación de la ley porque consideran injusta la solución que da para el concreto caso que se juzga. Pero de este modo da cobertura a una especie de uso alternativo del derecho, a un activismo judicial cuyos riesgos son evidentes. Se abandona el gobierno de la ley para adentrarse en un incierto gobierno de los jueces. (Gascón, 2016, pp. 212-213)

No cabe duda de que la ponderación como herramienta argumentativa del neoconstitucionalismo tiende a desconocer el principio de legalidad y hace extensivo el principio de proporcionalidad a cualquier escenario del ordenamiento jurídico, incluso a aquel dominado por las reglas. (Streck, 2014, p. 41; Ferrajoli, 2012, p. 807).

Una de las críticas más interesantes a la ponderación será la formulada por Ferrajoli (2011a, p. 44), ya que para el autor italiano la ponderación es un fraude al principio de legalidad que permite la creación normativa en cabeza de los jueces, generándose una ruptura del principio democrático y de separación de poderes. La ponderación implica el vaciamiento de la normatividad de la Constitución, dado el amplio margen de discrecionalidad de los jueces, quienes pueden obviar la aplicación de cualquier norma constitucional o infraconsti-

tucional bajo la figura de la ponderación. Esto se traduce en la transformación de una teoría del poder anclada en los jueces y sus decisiones.

No cabe duda de que, como lo señala García Amado (2017, p. 76), el derecho por principios y la ponderación tienen una relación directa como elementos de la estructura constitucional y, a su vez, como técnica de interpretación para burlar el Estado de derecho. Con todo, las críticas a la ponderación se centran en tres principales argumentos: el amplio margen de discrecionalidad de los jueces constitucionales; la principialización de las reglas más básicas; y una actitud tendiente a entregar amplios poderes a los jueces constitucionales.[116]

A pesar de las críticas efectuadas, no puede perderse de vista que la ponderación y el principio de proporcionalidad son herramientas útiles para poner fin a los conflictos que pudiesen surgir entre normas constitucionales. Por ello, a pesar del carácter subjetivo o discrecional de las decisiones de los jueces cuando realizan un ejercicio de proporcionalidad, deberá tenerse en cuenta el margen de legitimidad democrática del método aplicado por parte del tribunal constitucional. Variará diametralmente el margen de legitimidad de la decisión cuando es el propio constituyente quien establece esta técnica de interpretación, frente a aquellos eventos en los que el tribunal constitucional la establece de forma pretoriana, sin ningún tipo de cláusula interpretativa que avale el método por parte del poder soberano.

Por eso, la capacidad creativa de los jueces será una falencia propia del sistema constitucional y del poder constituyente cuando se establecen fórmulas abiertas de los enunciados normativos, pero, además, se omiten reglas que permitan interpretar sus conflictos. Así, será posible que el mismo constituyente establezca la posibilidad de que el tribunal constitucional acuda a fórmulas subjetivas o discrecionales para la interpretación de la Constitución. Ello permitiría que el tribunal constitucional integre dentro de sus decisiones un componente

116 PINO (2011) resumiría la posición de Ferrajoli de la siguiente forma: "Ahora bien, FERRAJOLI hace referencia a dos ulteriores elementos para caracterizar la ponderación: en primer lugar, el mayor grado de discrecionalidad que la ponderación comporta respecto de otras técnicas, determinad por la necesidad de establecer, con un juicio subjetivo el valor por parte del juez, el peso de las normas que son objeto de ponderación- En segundo lugar, el hecho que, según FERRAJOLI, la ponderación tiene por objeto no normas o principios, sino las circunstancias de hecho que justifican la aplicación de las normas: son por tanto las diversas circunstancias de hecho que se presentan en los diversos casos que hacen que en un caso se deba aplicar un cierto principio, y en otro caso otro principio", (p. 219); Del mismo modo, Ruíz Manero (2013, p. 125) señala que la posición de Ferrajoli acoge un particularismo residual que intenta ponderar son las circunstancias individuales de cada caso, esto es ponderar las razones de cada derecho según las circunstancias fácticas del caso en estudio, tesis que se ha acuñado como ponderación equitativa.

de legitimidad democrática en el resultado interpretativo desde un punto de vista procedimental-hermenéutico.

3.2.2.2.- El test o juicio integrado de igualdad: ¿una secuela del principio de proporcionalidad?

Uno de los principios más importantes dentro de las constituciones modernas es el derecho a la igualdad. Así las cosas, el constituyente ha entregado a los poderes públicos verdaderos mandatos dirigidos a fomentar la igualdad material entre los ciudadanos y, a su vez, mecanismos que impidan su discriminación. Por ello, ha sido recurrente en la jurisprudencia constitucional colombiana el conocimiento de asuntos que involucran determinar la legitimidad de las diferencias de trato propuestas por los poderes constituidos, lo que podría traducirse en establecer cuándo una actuación pública desconoce el principio o derecho de igualdad y no discriminación.

Para resolver esta cuestión, la CCC ha desarrollado el test integrado de igualdad, con el fin de determinar cuándo el legislador ha desconocido el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación consagrados en el artículo 13 de la Constitución. De esta forma, la jurisprudencia colombiana, para el desarrollo de este test, ha atravesado por tres etapas o metodologías propias: el test de razonabilidad, los tests de diversa intensidad y el juicio integrado de igualdad.

En primer término, el juicio de razonabilidad se sustentaría en la carga de la autoridad normativa de aportar razones que defiendan la constitucionalidad de una norma que crea situaciones de diferencia de trato entre las personas. A su vez, quien considere que dicha medida es inconstitucional deberá aportar razones que permitan identificar que la diferencia de trato desborda los márgenes señalados por el constituyente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422 de 1992). De este modo, el test de razonabilidad sería relacionado con el derecho a la igualdad, en tanto tiene como finalidad primigenia determinar el carácter legítimo de una diferenciación entre sujetos por parte del legislador. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-022 de 1996).

El test de razonabilidad tendría como etapas: (1) la determinación del objetivo que pretende el trato desigual de la norma acusada de vulnerar el principio de igualdad; (2) la determinación de la validez del objetivo a la luz de la Constitución; y (3) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la proporcionalidad con respecto al objetivo que se persigue. [117]

[117] En otras palabras la CCC señalo: "En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio

En un segundo momento, la jurisprudencia de la CCC se decantó por la aplicación del test de distinta intensidad, con el fin de determinar cuándo un trato desigual subvierte el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Este tipo de test parte de la idea central de que deben existir distintos niveles de intensidad sobre la igualdad, con un nivel débil, intermedio o estricto según el grado de libertad de configuración del legislador. Así, cuando se trate de materias con mayor libertad de configuración legislativa, menos estricto será el juicio. En este sentido, señaló la CCC en la Sentencia C-093 de 2001:

> La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los «escrutinios» o «tests» de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2001)

Del mismo modo, en la Sentencia T-352 de 1997, la CCC empleó el test de distinta intensidad para determinar la constitucionalidad de una norma que preveía la exención de la Iglesia católica de presentar declaración de bienes y rentas, frente a otras confesiones religiosas que sí debían cumplir con dicha obligación tributaria. La CCC declararía en ese caso la inconstitucionalidad de las actuaciones tomadas por la entidad recaudadora de impuestos, debido a la vulneración flagrante del principio de igualdad, en tanto se establecía un trato desigual sin tener un objetivo constitucionalmente imperioso.

En un tercer momento, la CCC desarrollaría el test o juicio integrado de igualdad, que fusionaría el test de razonabilidad y el test de distintas intensidades, dadas las debilidades y fortalezas que tiene cada uno de estos. Ello permite que se complementen ambas metodologías interpretativas y se tomen los puntos favorables de cada una.[118] En todo caso, dicha metodología sería descrita por la CCC de la siguiente forma:

---

de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.", en Corte Constitucional De Colombia, sentencia C- 022 de 1996.

118 "La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un "juicio integrado" de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo

> 8- El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de «adecuación» tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de «indispensabilidad» y «proporcionalidad en estricto sentido». (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2001)

El juicio integrado de igualdad, conforme a la jurisprudencia de la CCC, estará determinado por los siguientes pasos: (1) la determinación del criterio de comparación; (2) la determinación de la medida legislativa, esto es, si se trata de una desigualdad entre iguales o de una igualdad entre desiguales; y (3) establecer si el tratamiento diferente se encuentra justificado constitucionalmente, es decir, si las situaciones reguladas merecen un trato diferente desde un punto de vista constitucional. Esto se dará a través de la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Quinche, 2022, p. 285). Sobre estas etapas señalará la CCC:

En la sentencia C-104 de 2016, la Corporación reiteró que el juicio integrado de igualdad se compone de dos etapas: en la primera se identifica el patrón de igualdad o criterio de comparación –el llamado tertium comparationis– y, en esa misma línea, se busca determinar si los supuestos fácticos son susceptibles de comparación y si se trata de sujetos o situaciones que, bajo el criterio de comparación identificado, son cotejables. En esta primera fase se precisa, por

---

los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto senso*. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así, por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la "adecuación" deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la "indispensabilidad" del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.", Corte Constitucional De Colombia, sentencia C-093 de 2001.

tanto, si la medida examinada trata de manera igual situaciones que han de ser tratadas de modo distinto o trata de manera diferente situaciones que han de ser tratadas de modo igual.

> 126. Definido lo anterior, se pasa a la segunda etapa en la que se interroga acerca de si el trato diferenciado está constitucionalmente justificado, esto es, «si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política». Este análisis supone valorar las razones o motivos en los que se sustenta la medida objeto de examen, con fundamento en una metodología compuesta por tres pasos. El primero, se dirige a evaluar el fin buscado por la disposición; el segundo aprecia el medio empleado y el tercero se ocupa de indagar por la relación entre los medios y los fines. Según el grado de intensidad, el juicio puede realizarse en tres niveles: leve, medio y estricto.

Así las cosas, señalará la CCC:

> 30. De lo expuesto se desprende que, en relación con el juicio de igualdad y no discriminación, se distinguen dos etapas i) el juicio de razonabilidad que implica constatar que el trato diferenciado tiene una justificación objetiva y razonable y ii) el juicio de proporcionalidad que supone verificar que la diferencia de trato sea proporcionada, esto es, que no existan opciones alternativas que impacten de menor forma el derecho a la igualdad. En consecuencia, tras establecerse que el trato es objetivamente desigual, debe buscarse si existe una razón que desde el punto de vista constitucional lo justifique, vb.gr la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos concurrentes con el principio de igualdad. De cualquier manera, romper con la igualdad hace indispensable que el trato diferenciado se legitime en la protección de bienes especialmente amparados, pues, de lo contrario, tendría que calificarse de arbitrario. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-038 de 2021)

Respecto del criterio de comparación, el alto tribunal constitucional colombiano ha destacado que el actor que pretenda la declaratoria de vulneración del derecho a la igualdad debe soportar una carga argumentativa que permita identificar que las personas, hechos o situaciones respecto de las cuales se procura diferenciar el trato son comparables. Por ello, este primer paso es de suma importancia dados sus efectos prácticos, pues puede permitir situaciones de asimilación o diferenciación injustificadas.[119]

[119] "La Corte ha reconocido que es complejo identificar el criterio de comparación. Esta dificultad, como ya se dijo, está asociada al hecho de que, desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes. La selección equivocada del criterio de comparación puede llegar a tener graves consecuencias, pues hacerlo con fundamento en factores muy generales, puede conducir a un alto

En un segundo momento, el juez constitucional debe verificar si, desde un plano fáctico y jurídico, se da una diferencia de trato entre personas o grupos de personas.

En un tercer momento, el juez constitucional debe verificar si la diferenciación de trato se encuentra justificada conforme a la Constitución, lo cual exige que el intérprete defina si el objeto de la medida amerita un trato diferente. Por ello, el juez deberá analizar el fin buscado por la medida, el medio empleado y la relación entre el fin y el medio. Posteriormente, deberá determinarse el tipo de test o intensidad que se aplicará. Como ya se había enunciado, el test podrá aplicarse en tres intensidades —leve, intermedia y estricta— de la misma manera en que se aborda el juicio de proporcionalidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-104 de 2016). En todo caso, señalará la CCC sobre la finalidad de este test:

> Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-104 de 2016)

3.2.3.- Criterios de interpretación vía remisión constitucional

Un tercer grupo de criterios de interpretación estará sustentado en la remisión que hace el poder constituyente a normas que directamente no hacen parte formal de la Constitución, pero que, dados sus contenidos materiales, integran el parámetro de constitucionalidad y se convierten en criterios interpretativos para el juez constitucional. Esto lleva a que el intérprete se remita a normas o técnicas de interpretación que no se encuentran explícitamente señaladas en el texto constitucional. Sin embargo, sí existirá una legitimidad derivada del poder constituyente para la aplicación de este tipo de normas.

---

grado de asimilación –asimilar siempre o casi siempre–, "lo que supondría una profunda limitación del margen de configuración del legislador"; mientras que hacerlo al amparo de factores muy específicos, puede llevar a un alto grado de diferenciación –diferenciar siempre o casi siempre– y, en consecuencia, a comprometer "la vigencia del mandato de igualdad como expresión básica de justicia". El papel de la Corte, entonces, se concreta en fijar un criterio de comparación que garantice un balance preciso y que concilie los postulados en tensión, claro está, a partir de los criterios expuestos por la parte demandante." (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C433 de 2021).

Es el caso de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, que sirven como referente de validez de las demás normas del ordenamiento jurídico. La Constitución Política de 1991 consagra la noción de bloque de constitucionalidad en su artículo 93 y, además, la cláusula innominada de derechos en el artículo 94.

3.2.3.1.- La aplicación del principio pro homine

La aplicación del principio *pro homine* inicialmente tiene sustento en los artículos 1 y 2 de la Constitución, al buscar la garantía y respeto de la dignidad humana como elemento esencial del Estado social de derecho y de las propias finalidades perseguidas por el constituyente de 1991. La CCC ha señalado que el principio *pro homine* busca imponer la interpretación que sea más favorable a los derechos de las personas, esto es, la interpretación que garantice en mayor medida los derechos fundamentales y los derechos humanos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-191 de 2009).

Del principio *pro homine* se enuncian dos referentes normativos. El primero corresponde a los derechos fundamentales, como derechos consagrados expresamente por el constituyente a nivel constitucional. El segundo corresponde a los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales que se hacen aplicables a través de la noción de bloque de constitucionalidad. Por ello, la aplicación del principio *pro homine* establece una jerarquía móvil entre los derechos en disputa, denegando la supremacía absoluta del derecho nacional sobre el internacional y viceversa. El principio *pro homine* favorece la aplicación de derechos constitucionales o derechos humanos de manera indistinta, inclusive contraponiendo los derechos contemplados en el orden interno frente a los derechos internacionales.

Otra situación que plantea la aplicación del principio *pro homine* es la relatividad del principio de supremacía constitucional, dado que esta regla interpretativa puede sobreponer un enunciado normativo de carácter infraconstitucional sobre el texto supremo cuando se trate de un efecto más favorable a la persona:

> Así las cosas cuando las normas constitucionales y legales colombianas ofrezcan una mayor protección al derecho fundamental de que se trate éstas habrán de primar sobre el texto de los tratados internacionales, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación de los mismos la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148 de 2005)

En este sentido, la CCC ha hecho explícita la aplicación del principio *pro homine* a partir del uso de los diversos instrumentos de derecho internacional que se incorporan a través del artículo 93 de la Constitución. Destaca que el

principio *pro homine* tiene sustento directo en los tratados y convenios de derechos humanos suscritos por Colombia, convirtiéndose en mandato imperativo para los poderes públicos, integrado vía bloque de constitucionalidad. Por ello, se ha considerado como un criterio hermenéutico para entender la aplicación de los derechos humanos en el panorama interno.

Así las cosas, el principio *pro homine* tiene sustento tanto en el derecho interno colombiano como en las normas de derecho internacional que tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad.[120]

La aplicación del principio *pro homine*, como fórmula que permite la aplicación de las normas de derecho internacional, conlleva cuatro escenarios interpretativos donde se busca proteger los derechos fundamentales y los derechos humanos: (1) la interpretación no puede suprimir, destruir o eliminar alguno de estos derechos; (2) la interpretación de estos derechos no puede restringir, disminuir o limitar de forma arbitraria u ostensible su aplicación; (3) el intérprete deberá aplicar la norma más favorable o aquella que optimice en mayor medida los derechos de la persona, inclinándose siempre a favor de la dignidad humana; y (4) la aplicación de estos derechos no puede excluir la protección de

120 Al respecto ha indicado la CCC en sentencia C-438 de 2013: "El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia "principio de interpretación pro homine" o "*pro persona*". A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: "El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional". Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio *pro persona*, impone que "sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental".

otros derechos que incorporen garantías para la persona (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313 de 2014).

El principio *pro homine* igualmente ha sido utilizado bajo la denominación de cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos. Este exige acudir al criterio interpretativo que más amplifique los efectos de las disposiciones relativas a los derechos humanos, dando una especie de efecto expansivo al enunciado normativo cuando se trata de derechos protegidos por el derecho internacional, y un efecto restrictivo a los enunciados que establecen suspensiones o limitaciones a los derechos. Lo anterior se sintetiza en las siguientes reglas de preferencia:

- En caso de conflicto de enunciados normativos deberá preferirse aquel que tenga mayor amplitud respecto del derecho reclamado.
- Cuando se trate de una norma que consagre derechos deberá acogerse la interpretación que más amplifique los efectos del enunciado normativo.
- Cuando se trate de una restricción de derechos deberá preferirse la interpretación que minimice sus efectos.

De este modo, el principio *pro homine* tiene dos tipos de aplicaciones: (1) una que otorga una directriz respecto del enunciado normativo aplicable al caso concreto; y (2) otra relativa a la escogencia de la interpretación del enunciado normativo que se va a aplicar.

Para la CCC, el principio *pro homine* ha sido utilizado como un criterio de preferencia normativa y de preferencia interpretativa. En el caso de la preferencia normativa, por ejemplo, la CCC en la Sentencia C-408 de 1996 reconoció la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Convención de Belém do Pará; y en la Sentencia C-251 de 1997 dio aplicación a los artículos 4 y 5 del Protocolo de San Salvador, señalando que el alto tribunal debe escoger aquella norma que favorezca en mayor medida la efectividad de los derechos humanos.

En el caso de la preferencia interpretativa, la CCC en la Sentencia T-725 de 2004 señaló que cuando una norma no establezca de manera cierta la restricción de un derecho, al intérprete le está vedada su restricción, debiéndose acoger la norma más favorable a la persona. De la misma manera, en la Sentencia C-372 de 2009 señaló que el poder ejecutivo, en uso de sus facultades reglamentarias, no puede restringir un derecho más allá de lo ya señalado en las leyes.

Conforme a lo señalado, Drnas (2015, pp. 100-103) presenta las características, formas de aplicación y formas de intercomunicación del principio *pro homine*, superando aquellas visiones que lo consideran como una simple pauta de preferencia normativa o interpretativa, en tanto se trata de una verdadera

prescripción normativa del sistema jurídico que sirve como eje dinamizador de naturaleza progresista y evolutiva respecto de los derechos constitucionales.

Como características del principio *pro homine*, se destacan las siguientes: (1) ha evolucionado de las concepciones convencionales a modelos principialistas de derechos; (2) en materia de derechos humanos se trata de un principio *sui generis* que se extiende a otras ramas del derecho; (3) es un criterio que irradia todo el ordenamiento jurídico; (4) es un criterio autónomo de otro tipo de criterios de interpretación, robusteciendo la fuerza normativa de los instrumentos de derecho internacional; (5) es un principio relativo que busca simetría con otros derechos; (6) es un criterio móvil que puede ser acompasado por otro tipo de métodos de interpretación y permite la adaptación de las normas a las realidades sociales; (7) es un criterio de aplicabilidad exigible que no admite excepción alguna; (8) es irreversible, dado que rige otro tipo de técnicas de interpretación como la ponderación; (9) permite unificar el sistema de fuentes nacionales e internacionales; y (10) propugna por la protección de los derechos humanos independientemente de su pertenencia a determinado sistema jurídico. (Drnas, 2015, pp. 103-106).

Ahora bien, la aplicación del principio *pro homine* permite la eficacia de la Constitución y la consecución de fines legítimos para el constituyente. Un ejemplo recurrente de la CCC en materia de protección de derechos a través de la acción de tutela ha sido la procedencia de procedimientos o medicamentos que inicialmente no se encuentran previstos en el plan obligatorio de salud, pero que, debido a la aplicación del principio *pro homine*, deben ser autorizados cuando favorecen en mayor medida el derecho a la dignidad humana y a la salud de las personas. Así, tratándose de una norma restrictiva como este tipo de reglamentaciones, la norma deberá interpretarse de tal manera que se produzca la menor restricción posible.

Del mismo modo, el principio *pro homine* tiene diversas formas de aplicación: (1) como principio de interpretación de las normas, dada su naturaleza extensiva o restrictiva; (2) como principio de determinación de la norma; y (3) como principio rector de la relación entre normas de derecho interno e internacional, dado que rompe con los esquemas clásicos de jerarquía normativa entre estos. (Drnas, 2015, pp. 103-106).

Del mismo modo, Henderson (2004, pp. 92-96) destaca que el principio *pro homine* puede ser aplicado a través de tres reglas interpretativas: (1) la aplicación de la norma más favorable, es decir, en caso de concurrencia de normas frente a un supuesto fáctico deberá escogerse aquella más favorable a los derechos de las personas, eliminando el criterio de jerarquía normativa; lo anterior debido a que, pese a que una norma tenga una mayor jerarquía normativa, la aplicación

del principio *pro homine* relativizará su fuerza frente a otra norma que, pese a tener menor jerarquía, proteja en mejor medida los derechos de la persona; (2) la conservación de la norma más favorable, afectando el criterio clásico de temporalidad y jerarquía, evitando que una norma posterior en el tiempo derogue una norma que, pese a ser más antigua, permita una mejor protección de los derechos humanos, así como también la conservación de la norma que, pese a tener menor jerarquía, proteja de manera más adecuada los derechos fundamentales; y (3) la interpretación con sentido tutelar, en tanto no se trata de privilegiar una norma sobre otra, sino de analizar el significado de un enunciado normativo sin que se dé la concurrencia de normas.

Finalmente, como forma de intercomunicación, el principio *pro homine*: (1) se aplica bajo la esfera de un monismo dialógico a los sistemas de derecho interno; (2) se aplica bajo la esfera del monismo dialógico al derecho internacional; y (3) opera como eje articulador de todo el sistema jurídico. (Drnas, 2015, pp. 103-106).

3.2.3.2.- El principio de progresividad y no regresión

El principio de progresividad y de no regresividad, a diferencia de otros modelos del NCL, no tiene en Colombia fundamento directo y expreso en la Constitución Política de 1991, sino que es incorporado por la jurisprudencia colombiana a través de los tratados y convenios de derechos humanos que se integran al ordenamiento colombiano mediante el bloque de constitucionalidad (Noguera, 2010, p. 128). La CCC ha señalado que el mandato o principio de progresividad de los derechos conlleva un límite al legislador, en tanto no puede restringir injustificadamente los derechos en materias sociales. No obstante, dicho mandato no es absoluto:

> Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 2011)

Este principio de interpretación tiene principal sustento en la aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad, integrando como principales antecedentes de derecho positivo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[121] El principio de progresividad se constituye en una obligación de los Estados frente a los organismos internacionales para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (Calvo, 2013, p. 144). Del mismo modo, este principio se aplica al juicio de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales:

> El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 2011)

[121] Al respecto ha indicado la CCC en sentencia C-438 de 2013: "El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia "principio de interpretación pro homine" o "*pro persona*". A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: "El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional". Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio *pro persona*, impone que "sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental".

De esta forma, para la CCC, del principio de progresividad se desprenden dos tipos de obligaciones o deberes para el Estado. La primera consiste en la promoción de medidas de carácter positivo que permitan condiciones de igualdad entre los asociados, satisfaciendo de manera progresiva los derechos económicos, sociales y culturales. La segunda consiste en abstenerse de adelantar medidas que sean fehacientemente regresivas para los derechos económicos y sociales. Para el alto tribunal constitucional colombiano, el principio de progresividad se constituye en un parámetro de control de constitucionalidad, tanto de manera abstracta como concreta, frente a derechos que no son considerados fundamentales. (Calvo, 2013, p. 150).

En todo caso, la protección de un derecho social debe ser complementada con estándares mínimos de prestaciones concretas, determinando los elementos sobre los cuales deberá avanzarse y, por el contrario, no retroceder. De esta forma, una vez establecido un nivel de protección del derecho, la libertad de configuración del legislador se ve limitada en materia de derechos sociales, presumiéndose como inconstitucional toda limitación de derechos y sometiéndose a un control judicial estricto. [122] El legislador debe demostrar la existencia de

[122] Véase por ejemplo lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-046 de 2018: "El juicio de progresividad y no regresión en relación con las facetas prestacionales de los derechos supone un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se debe verificar que la medida "(i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado". Cabe precisar que la jurisprudencia, al distinguir entre las categorías jurídicas de principio de progresividad y la regla de no regresividad, ha determinado que también es posible escindirlas en el análisis de constitucionalidad, según el cargo y la medida estudiada. En este sentido, ha dicho que existen eventos en los que no se revisa si una medida es regresiva, como sucede respecto de normas derogadas, subrogadas o modificadas, sino que el cargo limita su acusación respecto del principio de progresividad, por ejemplo, cuando se demanda una medida de fomento o que busca ampliar la efectividad de un derecho, entonces en esos eventos el examen constitucional escapa el test referido y se circunscribe a verificar el respeto al principio de igualdad, que a su vez incluye un análisis de razonabilidad, por oposición a la arbitrariedad." Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia señalara en sentencia C-671 de 2002: "Finalmente, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional (...).

imperiosas necesidades para restringir la aplicación del derecho social (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 2011). Esta integración del principio de progresividad se acopla con el principio de proporcionalidad bajo las siguientes pautas o reglas interpretativas:

> No obstante, la evolución de la jurisprudencia sobre el mismo ha determinado ciertas reglas generales, a saber: (i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son prima facie inconstitucionales; (ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene el deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la Administración; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente «(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados». (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-046 de 2018)

Clérico (2018, pp. 131-133) destaca que, una vez se demuestra el retroceso de la medida, al Estado se le transfiere la carga argumentativa de justificar la limitación. Por ello, la presunción de inconstitucionalidad de la medida restrictiva será derrotada solo si el Estado logra demostrar que se hace necesario e imperioso alterar las condiciones del derecho de manera regresiva, demostrando a su vez que el retroceso no pudo ser evitado. La estrategia estatal se encuentra dirigida a demostrar que el derecho sigue siendo garantizado, aunque los medios hayan cambiado.

A su vez, Noguera (2010, pp. 133-136) identifica que el principio de progresividad conlleva dos aspectos sustanciales: (1) en primer término, la no regresividad de los derechos reconocidos, teniendo el intérprete que realizar un ejercicio de comparación entre la norma modificada y la norma que suprime o restringe los derechos concedidos con anterioridad; y (2) en segundo término, desde un punto de vista material propio del Estado social de derecho, el intérprete deberá tratar de posibilitar un mínimo de condiciones básicas para que el ser humano pueda subsistir en condiciones de vida digna. Sin embargo, no se trata de medidas inmediatas, sino de medidas que dependerán de la capacidad de recursos del Estado para su consecución.

A partir de la jurisprudencia de la CCC, habrá que diferenciar el principio de progresividad del principio de no regresividad, en tanto son principios dife-

rentes, aunque interrelacionados. El principio de no regresividad se constituye como un límite a la arbitrariedad del legislador, mientras que el principio de progresividad funge como una medida tendiente a garantizar sucesiva y gradualmente la efectividad de los derechos sociales, según las capacidades económicas del Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-046 de 2018). Con todo, el principio de progresividad se refiere a una dimensión positiva de la aplicación de las normas que versan sobre derechos humanos, mientras que el principio de no regresividad se asocia a la imposibilidad de reducir el margen de protección del derecho, conservando el régimen más favorable a los derechos. (Toledo, 2011, pp. 2-3).

Como categorías que integran el test de progresividad de los derechos, la CCC ha señalado los siguientes puntos: (1) la identificación del contenido esencial del derecho, revisando la finalidad última del derecho y qué obligaciones son inherentes a este, sin las cuales el derecho se deformaría; (2) determinar la existencia de indicadores que permitan verificar el ejercicio del derecho; (3) verificar la existencia de informes periódicos sobre la situación de los derechos, analizando las restricciones materiales de las políticas públicas para su efectividad y la determinación de los mecanismos para establecer las prioridades de la restricción, así como la consideración del contenido esencial; (4) establecer la existencia de políticas en torno al ejercicio del derecho, recuperando los diagnósticos elaborados, las metas y los mecanismos de mejora para el goce efectivo del derecho; (5) indagar sobre la divulgación de los resultados alcanzados en materia de medidas correctivas para la participación, diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas; (6) analizar las modificaciones legislativas que permiten la progresividad del derecho; (7) establecer si las medidas implementadas han permitido el goce del derecho; y (8) determinar el tipo de órdenes para amplificar y generar un avance en el goce progresivo del derecho. (Vázquez, 2016, pp. 162-163).

Mientras tanto, como categorías que integran el test de no regresividad se encuentran: (1) la identificación de una regresión en derechos, el tipo de decisión que se revisa —legislativa o administrativa— y la vía utilizada para la reducción del radio de protección; superada la primera categoría, se deberá indagar por (2) las razones que justifican la regresión del derecho, para lo cual se acude a: (a) el principio de legalidad; (b) el tipo de legitimidad del objetivo de la regresión; (c) la necesidad del objetivo para la sociedad democrática; (d) la racionalidad causal, idónea o adecuada; (e) la necesidad; (f) la proporcionalidad en sentido estricto; (g) la imposibilidad de anular el derecho; (h) la discusión de las restricciones durante la decisión; e (i) que en la discusión se haya hecho expresa la necesidad. Posteriormente, se revisará (3) si la medida promueve otro

derecho; y, finalmente, se sustentarán las limitaciones de los recursos: (a) nivel de desarrollo del Estado; (b) severidad de la regresión; (c) situación económica del Estado; (d) existencia de necesidades más importantes para el Estado; (e) posibilidad de acudir a otras opciones; y (f) el aporte de recursos de la comunidad internacional. (Vázquez, 2016, pp. 173-174).

En todo caso, en la jurisprudencia de la CCC, las previsiones constitucionales demandadas en virtud del principio de progresividad han sido resueltas de forma indefectible bajo la aplicación del principio de no regresión, en tanto se dan más casos de limitación de derechos que de ampliación. Esto presenta una visión defensiva de los derechos, orientada a evitar su restricción por parte de los poderes públicos. (Vázquez, 2016, p. 162).

En concreto, la CCC ha utilizado el principio de progresividad como medio para la defensa de derechos sociales. Por ejemplo, en la Sentencia T-1102 de 2008 procedió a reconocer una asignación de retiro a un exmiembro de la Fuerza Pública, omitiendo la aplicación de una norma que era regresiva en materia de sus derechos sociales. Por ello, fue necesario proteger el derecho a la seguridad social del accionante bajo la aplicación del principio de progresividad.

En abstracto, por ejemplo, la CCC utilizó el principio de progresividad para declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 40 de la Ley 3 de 1991 en materia de derecho a la vivienda, en razón a que la expedición de la norma producía una omisión legislativa respecto de la obligación del constructor de vivienda de interés social de constituir póliza para la garantía de estabilidad de la obra. La omisión respecto de esta garantía resultaba regresiva para los adquirentes de vivienda, al prever posibles afectaciones a su vida, integridad y patrimonio. Por esto, se concluye que la norma en cita deberá ser entendida en el sentido de que, como condición mínima de la vivienda de interés social, los constructores deberán constituir póliza de estabilidad de la obra.

También el principio de progresividad fungirá como referente interpretativo en el caso del derecho a la educación, adquiriendo la categoría de derecho fundamental y teniendo la necesidad de ampliar sus prestaciones de manera progresiva. Así, la CCC, en la Sentencia T-750 de 2010, conocerá de la supresión de un beneficio educativo para menores de edad en situación de discapacidad mental por parte de una entidad estatal a través de un acto administrativo. Para el alto tribunal, la medida de la entidad estatal se encuentra en contra del principio de progresividad y no regresión, dado que tiene efectos restrictivos del derecho a la educación de una población de especial protección constitucional por su debilidad manifiesta. En consecuencia, se ordena la continuidad en la prestación del auxilio educativo dada la vulneración del principio de progresividad y del derecho a la educación.

Una vez revisados los elementos de la aplicación interpretativa del principio de progresividad, se denota que no se trata, en estricto sentido, de un ejercicio de creación constitucional por parte de los jueces constitucionales. Sin embargo, aunque no se trata de una modificación cualitativa del ordenamiento jurídico, el juez constitucional sí modifica cuantitativamente las obligaciones del Estado respecto del derecho interpretado, pudiendo alterar los balances interinstitucionales entre los poderes públicos.

3.2.3.3.- La conexidad de los derechos y la cláusula innominada de derechos

La tesis de la conexidad de los derechos se constituirá como el tercer criterio de interpretación que actúa vía remisión constitucional. Esta tesis se sustenta principalmente en el ejercicio del control concreto de constitucionalidad, más precisamente en la protección de un derecho no consagrado como derecho fundamental por el constituyente. Por esto, la tesis de la conexidad de los derechos ha sido una de las principales vías interpretativas para la aplicación inmediata y directa de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia, a través de la garantía jurisdiccional de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales. (Martínez, 2013, p. 24).

Conviene indicar que el constituyente de 1991 estableció una lista de derechos susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela, configurando estas disposiciones como verdaderos derechos de aplicación inmediata a través de dicho mecanismo judicial.

Así las cosas, el alto tribunal ha declarado la procedencia de la acción de tutela en razón de la estrecha conexidad entre el derecho que se busca proteger y un derecho fundamental. Vale aclarar que el constituyente de 1991 adopta una lista frente a los derechos fundamentales, haciendo procedente la acción de tutela siempre y cuando se trate de esta clase de derechos. Por ello, en Colombia no todos los derechos constitucionales son susceptibles de ser protegidos vía acción de tutela, sino solo una porción de estos.[123] Muy tempranamente, la CCC en la Sentencia T-491 de 1992 señalará:

[123] Corte Constitucional De Colombia, sentencia SU-111de 1997: "16. Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los

> Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. El derecho a la seguridad social está vinculado directamente con el derecho fundamental al trabajo, siendo emanación suya la pensión de vejez. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-491 de 1992)

Para el alto tribunal constitucional colombiano, la CCC tiene el compromiso de velar por la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, haciendo uso de la tesis de la conexidad para amplificar el ámbito de protección judicial respecto de ciertos derechos que, pese a no ser fundamentales, cuando son afectados materialmente pueden conllevar la vulneración de un derecho fundamental. (Noguera, 2009, p. 196).

Brewer-Carías (2014, pp. 10-11) señala que la tesis de la conexidad de los derechos ha servido como una fórmula activista para la protección de los derechos sociales, económicos y culturales en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, a raíz de la ausencia de garantías jurisdiccionales específicas para este tipo de derechos, frente a lo cual el juez constitucional ha apelado a un activismo judicial excesivo.

Ángel (2021) destaca que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se sustenta «en la idea de que derechos que la Constitución no denomina textualmente como fundamentales, pueden ser protegidos vía tutela si se demuestra que su protección inmediata es necesaria para salvaguardar un derecho que indiscutiblemente tiene el carácter de fundamental» (pp. 343-344). Este criterio de interpretación se ancla en una visión antiformalista del derecho que tiene una finalidad transformadora. Sin embargo, el mismo carácter abstracto de los derechos ha implicado una falta de coherencia en las decisiones de la CCC, dado que los efectos de las sentencias han sido de diversa índole,

---

derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales. Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital–que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad -, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público."

evidenciándose una naturaleza evolutiva que permite escenarios de constante creación normativa a través de la interpretación constitucional.

La CCC, a través de su jurisprudencia, ha establecido que no siempre los derechos fundamentales consisten en derechos de carácter negativo y, a su vez, que no siempre los derechos de prestación son considerados derechos no susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela. De este modo, la CCC ha señalado que el derecho a la educación, a pesar de no estar contenido inicialmente en el catálogo de derechos fundamentales y de ser un derecho de carácter prestacional, dada su especial conexión con otros derechos fundamentales, deberá ser tratado como tal. De allí que su protección pueda darse vía acción de tutela.[124]

En todo caso, para la CCC es necesario que el accionante pruebe la conexidad entre el derecho constitucional no susceptible de protección mediante acción de tutela y el derecho fundamental que se invoca, con el fin de brindar su garantía. Por ejemplo, en la Sentencia T-449 de 2002, la CCC negó el amparo de una cirugía a una mujer que pretendía la protección de su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida. Lo anterior, en razón a que la accionante no probó que la falta de práctica del procedimiento médico solicitado a su prestador de salud pusiera en riesgo su vida. Asimismo, tampoco probó la afectación al derecho al mínimo vital ni su imposibilidad de pagar el valor del procedimiento médico.[125]

---

124 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 699de 2011: "El derecho a la educación está consagrado en el artículo 67 del Capítulo II del Título II de la Constitución Política, y desde sus inicios ha sido reconocido por la Corte como un derecho fundamental; en un principio, por aplicación directa del artículo 44 de la Carta, que lo define como fundamental para el caso de los niños; posteriormente por invocación del factor de conexidad, en el sentido que su alcance era necesario para obtener el goce efectivo de otros derechos fundamentales como el mínimo vital, el desarrollo humano, etc.; y actualmente, porque se considera que a pesar de haber sido concebido como un derecho prestacional y no fundamental para todas las personas, la diferencia entre estos dos tipos de derechos, en determinados casos, carece de fundamento."

125 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 449 de 2002: "Siendo el derecho a la salud un derecho de la segunda generación que hace parte de los derechos económicos, sociales y culturales, tiene el carácter de derecho prestacional y, por ende, su sola previsión por el constituyente no lo torna en fundamental, debiendo obtenerse su protección mediante otros mecanismos; para que pueda ser amparado por vía de tutela debe demostrarse el estar en conexidad con otro u otros derechos fundamentales. En el presente caso, de las pruebas aportadas al expediente no nos es dable deducir que se encuentre comprometida la vida u otro derecho fundamental de la actora que permitan al juez constitucional conceder el amparo, por lo tanto, se debe establecer si existe otro medio o mecanismo legal al cual pueda acudir la actora en pro de obtener la atención requerida. No existe prueba ni siquiera sumaria de que la paciente dependa económicamente de su cónyuge, pero, existe prueba

Otro caso interesante para explicar el criterio interpretativo de conexidad de los derechos es el de las decisiones relacionadas con el UPAC como medio para la adquisición de vivienda. En este sentido, la CCC consideró que el sistema de financiamiento resultaba inconstitucional, dado que vulneraba el derecho a una vivienda digna en conexidad con otros derechos fundamentales, debido a que la variación constante de las tasas de interés del crédito hipotecario ocasionaba un desbordamiento de la obligación inicial. Esto se traducía en una desmesurada tasa de interés que se hacía impagable para los deudores hipotecarios. Por ello, la CCC ordenaría la reliquidación de los créditos hipotecarios y exhortó al legislador a expedir una nueva norma frente a la financiación de vivienda en Colombia. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-383 de 1999, C-747 de 1999 y C-700 de 1999).

Del mismo modo, la jurisprudencia de la CCC ha reconocido la protección del derecho a la vivienda mediante acción de tutela por encontrarse en estrecha conexión con otros derechos de carácter fundamental. Con ello se niega la ausencia de protección por parte del Estado de esta clase de derechos y, por el contrario, se reafirma que en múltiples ocasiones el derecho a la vivienda permite que el ser humano se desarrolle en condiciones de vida digna, convirtiéndose en un verdadero derecho subjetivo susceptible de ser protegido vía judicial. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-617 de 2005, T-109 de 2011, T-088 de 2011 y T-484 de 2011).

A su vez, la jurisprudencia de la CCC ha incorporado como elemento para interpretar el carácter fundamental de un derecho la circunstancia de especial debilidad manifiesta del sujeto que pretende la protección constitucional. Así las cosas, en derechos transversales a la seguridad social deberá probarse que el accionante acredita su condición de sujeto de especial protección constitucional.[126]

Así las cosas, la aplicación de la conexidad de los derechos denota un fuerte ejercicio de creación constitucional, a raíz de la modificación de los elementos para la procedencia de la acción de tutela frente a determinados derechos. Lo

sumaria de que su cónyuge devenga un salario bajo y afirma no poder sufragar el costo del tratamiento requerido. Pues, el ingreso mensual del señor Luis Hernando Saboya, esposo de la accionante es de $ 343.000.oo, así lo certificó su empleador en documento allegado a esta Sala mediante solicitud de tal prueba."

126 Corte Constitucional De Colombia, sentencia T- 1208 de 2004: "La jurisprudencia ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y concretamente de los derechos a la pensión de vejez y de jubilación, cuando resulten afectados derechos fundamentales de la persona, en especial de aquellas que por su condición se encuentren en debilidad manifiesta o disminución física o mental. La pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Carta Política."

anterior, con el agravante de que, al tratarse de un ejercicio de control concreto y difuso de constitucionalidad, cualquier juez podría alterar el ordenamiento jurídico a partir de ejercicios hermenéuticos de carácter creativo.

Del mismo modo, como ya se indicó previamente, la cláusula innominada de derechos consagrada en el artículo 94 de la Constitución busca amplificar el catálogo de derechos constitucionales contenidos en el texto superior, posibilitando la asunción de derechos contenidos en normas e instrumentos de derecho internacional y negando el carácter taxativo del catálogo de derechos. Por esto, la CCC ha adoptado en sus decisiones el criterio de cláusula innominada para proteger derechos que en un inicio no fueron establecidos expresamente por el constituyente, pero que, por su estrecha relación con otros derechos esenciales, inalienables e inherentes al ser humano, requieren ser garantizados.

Entre estos derechos pueden mencionarse, entre otros, el derecho a la propiedad colectiva de las poblaciones indígenas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-188 de 1993); el derecho a la filiación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-160 de 2013, T-997 de 2003, T-584 de 2004 y T-954 de 2010); el derecho al agua (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-129 de 2017, T-297 de 2018, T-737 de 2015, T-718 de 2010 y T-760 de 2008); el derecho al mínimo vital (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-581 de 2011); y el derecho a la recuperación de un órgano funcional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-883 de 2014).

Desde este escenario, dichos derechos, a pesar de no encontrarse contemplados expresamente en la Constitución y no ser explícitos por parte del constituyente, serán protegidos de forma directa debido al factor de conexidad con los derechos fundamentales. De esta forma, ha sido común que la CCC haya extraído de las normas de derecho internacional de los derechos humanos derechos de protección inmediata por parte del juez constitucional, pero siempre bajo la existencia de una relación de conexidad con los derechos fundamentales consignados por el constituyente. En todo caso, la autorización vía remisión constitucional por parte del órgano creador de la Constitución avalará la aplicación de estos derechos, por ser voluntad del poder soberano integrar derechos de carácter internacional.

En todo caso, la aplicación de las normas que versan sobre derecho internacional de los derechos humanos como sustento de las decisiones de la CCC ha tenido una especial incidencia amplificadora de los derechos constitucionales, generando una extensión de los efectos de las normas constitucionales a partir de la interpretación jurisprudencial. Por ejemplo, puede analizarse cómo en las decisiones que versaban sobre la equiparación de derechos de parejas homosexuales respecto de parejas heterosexuales se denota una clara incidencia de

las normas de derecho internacional para amplificar los derechos de las parejas homosexuales. (Pérez, Chica & Berrío, 2018).

Así, en aquellas sentencias donde se negaba la equiparación de derechos, el juez constitucional no acudía a normas internacionales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-098 de 1996, C-238 de 2012, SU-617 de 2014 y C-071 de 2015), mientras que en aquellas sentencias en que se daba una equiparación de derechos, el juez acudía al catálogo normativo propio del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-075 de 2007, C-336 de 2008 y SU-214 de 2016).

3.2.4.- Resumen del catálogo de métodos de interpretación utilizados por la Corte Constitucional de Colombia

La jurisprudencia de la CCC ha asociado los métodos o técnicas de interpretación a una visión neoconstitucionalista del derecho, dándose una aplicación de determinado tipo de técnica según la tipología propia de la norma objeto del análisis de constitucionalidad. Esto hace imperioso tener en cuenta tanto el rango de la norma como su tipología. Bajo esta idea, el control fuerte de constitucionalidad ejercido por la CCC ha llevado a que se apliquen métodos tradicionales de interpretación según el tipo de norma cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio. Ello obedece a que el control recae sobre normas infraconstitucionales que son propias de la tipología de reglas jurídicas, pero, a su vez, la CCC se constituye en máxima intérprete de este tipo de normas debido a la irradiación de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

De este modo, los enunciados infraconstitucionales tendrán la connotación de adscribirse a una tipología tipo regla, teniendo además la función de mandar o prohibir determinada conducta (Zagrebelsky, 2008, p. 109). Por ello, será necesario que el intérprete acuda a los métodos tradicionales para adecuar este tipo de enunciados a los postulados constitucionales.

Por otra parte, existirán técnicas propias de la tipología principial de índole constitucional. Se trata de técnicas que buscan concretizar los principios jurídicos y resolver sus disputas cuando se trata de contenidos abiertos que requieren del principio de proporcionalidad y de la ponderación. Finalmente, se extraen criterios vía remisión constitucional del constituyente hacia enunciados normativos no contemplados formalmente en la Constitución, pero que desde un punto de vista material sí hacen parte de esta e, inclusive, amplifican el catálogo de derechos, teniendo un efecto expansivo de las garantías y derechos constitucionales.

En este sentido, vale indicar que los enunciados constitucionales podrán ser interpretados desde un sentido propio, pero también como referente de validez de otras normas jurídicas, lo que ocasiona un doble ejercicio interpretativo cuan-

do se da un control de constitucionalidad. Así, en primer lugar, el juez deberá descifrar el sentido o significado del enunciado constitucional; en un segundo momento, deberá descifrar el significado del enunciado normativo a controlar, que por lo general resulta ser una norma infraconstitucional; y, finalmente, deberá determinar su compatibilidad o no con el ordenamiento jurídico.

La CCC ha estado guiada por la tipología y rango de las normas que se pretenden interpretar, constituyéndose estos como elementos que predisponen las técnicas de interpretación constitucional. Lo anterior puede ser corroborado cuando, por ejemplo, la CCC conoce de la constitucionalidad de un acto legislativo, es decir, de un acto reformatorio de la Constitución. En términos formales, el acto legislativo, en virtud del artículo 241 de la Constitución, solo podría ser analizado en su constitucionalidad por vicios de forma. Sin embargo, dada la connotación de la norma a enjuiciar y la garantía de la supremacía constitucional, la CCC ha desplegado un juicio o método de interpretación denominado «juicio de sustitución constitucional», entendiendo que la naturaleza *sui generis* de la norma demandada hace necesario que se emplee una técnica diferente a las anteriormente señaladas.

Con lo visto, no cabe duda de que las técnicas de interpretación constitucional utilizadas por la CCC han sido establecidas vía jurisprudencial y de manera pretoriana, lo cual impide que existan límites suficientes a la actividad interpretativa de los jueces. A su vez, ello permite que se apliquen de manera inconsistente una u otra técnica de interpretación, propiciando que el operador judicial adapte la técnica según el resultado que quiera obtener. De esta forma, el intérprete establece previamente el resultado interpretativo para posteriormente utilizar la técnica que más favorezca y se acomode a su significado.

Por ello, se permite que el juez genere variaciones informales tanto a los contenidos constitucionales como a las normas infraconstitucionales, afectando no solo la soberanía popular al modificar la obra o creación del constituyente, sino además el principio democrático y de separación de poderes, dadas las facultades creativas de los jueces.

En este sentido, cuando se habla de creación normativa no solo se hace referencia al nacimiento de una nueva norma mediante fórmulas positivas en las que se surte el trámite o procedimiento reglado para su creación, sino que también podrá hablarse de creación cuando de un ejercicio interpretativo surge un nuevo significado que altera, modifica o sustituye un significado previamente establecido por la autoridad normativa. Esto lleva a que el juez supere las facultades atribuidas por el constituyente como órgano de naturaleza cognoscitiva y pase a actuar como un órgano de índole política, pero sin los procedimientos adecuados para asegurar el margen democrático de la creación normativa.

3.2.5.- Tipología de sentencias en la Corte Constitucional que promueven el activismo judicial

Para explicar la diferencia entre enunciados normativos y normas, así como los resultados de la interpretación una vez establecida la ideología de la interpretación y sus métodos, la CCC ha recurrido a la modulación de sus fallos como mecanismo para adecuar las normas infraconstitucionales a los sentidos de la Constitución. Esto denota una suerte de creación normativa vía control de constitucionalidad en cabeza de los jueces, modificando el sentido propuesto por el legislador.

No obstante, la modificación podrá darse desde una doble connotación: en primer término, sobre la norma que es referente de validez del enunciado demandado; y, a su vez, sobre la norma infraconstitucional enjuiciada, propiciando el modelamiento de cualquiera de los enunciados normativos, tanto de índole constitucional como infraconstitucional. Así las cosas, la capacidad creativa y transformadora de la legislación en cabeza del juez deviene del método que utilice para entender la conformidad o no de la norma que se considera inconstitucional. A continuación, se expondrán las tipologías de sentencias de constitucionalidad de la CCC según los efectos en el contenido de las normas, además de las críticas formuladas a estas.

Desde una visión deductiva, Velandia y Garzón (2022, p. 420) han dispuesto una clasificación o tipología de las sentencias de constitucionalidad según su modulación tradicional, esto es, estimatorias y desestimatorias según su resultado; según su modulación de contenido, como manipulativas o interpretativas, en cuanto manipulan los sentidos de las normas enjuiciadas con el fin de no expulsarlas del ordenamiento jurídico; según su modulación de intención, en tanto ayudan a aclarar las dudas que pudiesen surgir de la legislación, ya sea por vía de acción u omisión; y según su modulación temporal.

▶ Tabla 20. Clasificación según Velandia y Garzón

Tipo de modulación	Tipo de sentencias
Contenido	Manipulativas, interpretativas o condicionales
Modulación de la intención	Sentencias que admiten una inconstitucionalidad
Modulación de la intención	Sentencias que integran un vacío
Modulación de la intención	Sentencias que integran el texto cuestionado
Modulación de la intención	Sentencias sustitutivas
Modulación de la intención	Denegatorias
Modulación de la intención	Exhortativas

Fuente: Elaboración propia

Olano (2004, p. 576), por su parte, presenta una clasificación de las sentencias constitucionales de la siguiente forma: sentencias en las que se da una modulación tradicional; sentencias que afectan el contenido de las normas o sentencias manipulativas; sentencias sujetas a sus efectos temporales; y otros modelos sin modulación. Ahora bien, respecto de las sentencias que modifican los contenidos de las normas o las llamadas sentencias manipulativas, el autor presenta una subclasificación de la siguiente manera: sentencias interpretativas condicionales, integradoras o aditivas, sustitutivas y apelativas.

Respecto de las sentencias manipulativas, se tiene como principal argumento el principio de seguridad jurídica, dado que la Corte Constitucional opta por no dejar un vacío normativo, manipulando el sentido del enunciado normativo con el fin de no generar un déficit de desprotección aún mayor al invocado en la demanda de inconstitucionalidad.

El fundamento de las sentencias interpretativas consiste en la necesidad de que el intérprete compatibilice los contenidos normativos infraconstitucionales con el texto supremo. Es así como el juez constitucional realiza una doble interpretación, como ya se mencionó: una interpretación normativa del texto enjuiciado y una interpretación del parámetro de control. De este modo, al juez constitucional se le entrega la facultad de encontrar los significados acordes con la Constitución de las normas inferiores. (Gascón & García Figueroa, 2003, p. 279).

En todo caso, el principio de interpretación conforme no se constituye como un método en sí mismo de la interpretación, sino como una regla que establece cómo deberá interpretarse la Constitución. No obstante, el doble ejercicio interpretativo del juez constitucional —respecto de la norma enjuiciada y la norma constitucional— conlleva que el método anteceda la aplicación del principio de interpretación conforme, dado que el sentido acorde con la Constitución está predispuesto por el método o técnica empleado por el intérprete.

Esto, por ejemplo, implica que un enunciado infraconstitucional pueda estar conforme con una interpretación histórica del enunciado constitucional, pero no respecto de su interpretación sistemática. Por ello, en un sistema sin reglas de interpretación de los enunciados constitucionales será predominante el anarquismo judicial y la ilegítima afectación al principio democrático y de separación de poderes, desconociendo al poder constituyente como autoridad soberana y al poder legislativo como autoridad delegada.

De esta forma, las sentencias interpretativas son precedidas por el método escogido por el intérprete y aumentan en mayor medida las facultades creativas

de los jueces, al tiempo que desvanecen el principio democrático y de separación de poderes bajo el manto de la adecuación conforme a la Constitución y la continuidad de la norma en el ordenamiento. Sin embargo, introducen cambios en apariencia legítimos según el método adoptado por el intérprete. No debe olvidarse que las ideologías constitucionales reflejan una idea del cambio constitucional que, a la luz del NCL, solo considera plausibles aquellos cambios efectuados por el poder constituyente.

Del mismo modo, las sentencias interpretativas actúan para permitir la conservación de las leyes, haciendo inviable la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma solo cuando de esta no se permita establecer una interpretación acorde con la Constitución. Por esto, se trata de sentencias formalmente desestimatorias de la inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de esta. Estas competencias en cabeza del poder judicial implican no solo una aparente vulneración del principio democrático y de separación de poderes, sino además un desconocimiento del principio de autonomía judicial, que permite a los jueces dictaminar sus propias interpretaciones conforme a los métodos establecidos por el orden jurídico.

Gascón y García Figueroa (2003, pp. 283-284) han establecido una clasificación de sentencias manipulativas que pueden friccionar con las competencias propias del legislador. Así, en primer término, la expresión «manipulativas» deviene de la posibilidad del intérprete constitucional de manipular o maniobrar las leyes para buscar su adecuación a la Constitución o, a su vez, de manipular la interpretación de la norma. En el primero de los casos, se modifica vía jurisprudencial el texto de forma explícita, mientras que en el segundo la modificación se da respecto del sentido de la norma.

▶ Tabla 21. Tipos de sentencias manipulativas

Tipo de sentencia	Concepto
Sentencias sustitutivas	Aquellas que sustituyen una interpretación de la norma por ser inconstitucional.
Sentencias aditivas	Se da una interpretación extensiva del enunciado normativo, añadiendo un elemento inicialmente no previsto por la autoridad normativa. Se presentan cuando existen omisiones legislativas puntuales.

Fuent: Elaboración propia y Gascón y García Figueroa (2003, p. 279)

En todo caso, esta tipología de sentencias evoca competencias del tribunal constitucional como un verdadero legislador positivo, en tanto crea normas jurídicas vía interpretación constitucional.

Respecto de las sentencias condicionales, estas fijan el alcance normativo de la norma, limitando sus efectos y aplicación. Así, una vez realizado el estudio de constitucionalidad, la norma subsiste en el ordenamiento jurídico bajo la interpretación fijada por el tribunal constitucional, aun cuando el alcance dado por el juez sea distinto al efectuado por el legislador (Olano, 2004). Del mismo modo, Nogueira (2004) señala que el tenor literal del enunciado se mantiene intacto, modificando el sentido de la norma, suponiendo una subordinación interpretativa respecto de los demás jueces.

Ahora bien, cuando se habla de sentencias integradoras o aditivas, el juez constitucional arguye que la inconstitucionalidad de la norma recae en la omisión del legislador respecto de una situación fáctica o de un grupo poblacional, haciendo necesario validar el contenido de la norma a través de la adición de un elemento. Por ello, no se trata de una inconstitucionalidad del enunciado en sí mismo, sino de la ausencia de uno o varios supuestos fácticos no comprendidos por el enunciado. Así las cosas, el juez constitucional integra un componente inicialmente no previsto por el legislador, adecuando la norma al texto constitucional.

Nogueira (2004) ha señalado que este tipo de sentencias fortalece el activismo judicial de los tribunales constitucionales, dado que superan la visión clásica del modelo kelseniano de legislador negativo y, por el contrario, convierten al tribunal en un verdadero órgano creador, lo que supone una innovación dentro del sistema.

Del mismo modo, Gascón (2016, pp. 209-210) critica este tipo de sentencias por cuanto el tribunal constitucional actúa como un legislador positivo, creando nuevas normas sin la aquiescencia del legislador democrático. Esto implica una usurpación de funciones en cabeza del poder judicial y genera, además, una suerte de inseguridad jurídica dadas las consecuencias que podría traer un ejercicio de interpretación constitucional. De igual forma, la asunción del juez constitucional como legislador positivo subvierte el principio democrático al arrebatar la libertad normativa en cabeza del legislador, teniendo un resultado de doble vía: la amplificación de derechos o su restricción. Esta tesis demuestra, una vez más, que el activismo judicial no es sinónimo de progresismo en materia de derechos.

Bajo este panorama, se refuerza la idea de la teoría del derecho de diferenciar la disposición normativa de la norma, dado que la primera será una simple conformación lingüística del precepto normativo, mientras que la norma será entendida como el sentido interpretativo que se le da al enunciado lingüístico. Por ello, a partir de esta idea base, los tribunales constitucionales pueden manipular los sentidos de la Constitución con el fin de evitar vacíos jurídicos

que promuevan mayores escenarios de inconstitucionalidad, haciendo necesario dar aplicación a una interpretación conforme con la Constitución. (Velandia & Garzón, 2022, p. 421).

Las sentencias sustitutivas son aquellas providencias donde el tribunal constitucional expulsa o elimina del ordenamiento jurídico un enunciado normativo y lo sustituye por otro bajo una regulación específica. Este tipo de sentencia combina una sentencia de inconstitucionalidad con una sentencia integradora. (Olano, 2004, pp. 580-581).

Mientras tanto, se trata de sentencias exhortativas cuando se le establece al legislador un plazo determinado para que desarrolle determinada situación jurídica. Ahora bien, en caso de no ser regulada por el legislador, el juez constitucional procederá a aplicar directamente el mandato constitucional, declarando la inconstitucionalidad de la norma. (Olano, 2004, p. 581).

La CCC se ha decantado por utilizar en su jurisprudencia, como mecanismo de interpretación, las conocidas sentencias integradoras, entendidas como modalidad de decisión judicial que desarrolla los derechos constitucionales en el derecho infraconstitucional, con el fin de integrar los vacíos normativos producto de la indeterminación de este tipo de textos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-325 de 2009). Se observa entonces cómo un argumento en contra de la especificidad de la interpretación constitucional —esto es, la indeterminación de las normas constitucionales— también es una cualidad de la ley, lo que permite una extensión de las competencias del tribunal constitucional ya no solo para determinar el alcance de los enunciados normativos de índole constitucional, donde desarrollará la función de intérprete auténtico sustituto, sino además como autoridad interpretativa frente a la creación normativa de otros poderes públicos.

De este modo, para la CCC las sentencias integradoras tienen sustento en el carácter normativo de la Constitución, el principio de conservación del derecho y la efectividad de los principios constitucionales, ejes interpretativos que guían la labor del juez constitucional al realizar ejercicios de control de constitucionalidad. Por ello, pese a la insuficiencia de la misma legislación, el juez constitucional ajusta los significados de los enunciados normativos sobre los cuales hace control. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-325 de 2009).

La CCC ha dispuesto tres tipos de sentencias integradoras que permiten llenar los vacíos normativos propios de la ley, así como las indeterminaciones de la norma: (1) sentencias interpretativas o condicionadas; (2) sentencias aditivas; y (3) sentencias sustitutivas. Todas estas se sustentan en una interpretación armónica del orden jurídico que busca rescatar de la inconstitucionalidad las

reglas que son demandadas por ser contrarias a la Constitución y, a su vez, en una constitucionalización de la totalidad de las ramas del derecho, lo que evoca una fuerte labor creativa del juez constitucional (Bercholc, 2017, pp. 34-35), en desmedro de las competencias de otros órganos con mayor margen de legitimidad democrática.

En este punto conviene resaltar que para la CCC se presenta una diferencia entre el enunciado normativo y la norma, dado que el enunciado normativo es entendido como una expresión perteneciente a un texto normativo. De allí que estos enunciados sean sometidos a un proceso hermenéutico donde la norma es el resultado de la interpretación efectuada por el juez.[127] A partir de esta posición semántica, la CCC ha formulado toda una tipología de sentencias interpretativas que puede alterar el significado inicialmente propuesto por la autoridad normativa cuando se realizan ejercicios de control de constitucionalidad.

3.2.5.1.- Sentencias modulativas o condicionadas desde la Corte Constitucional colombiana

La CCC ha empleado a lo largo de su jurisprudencia el principio de interpretación conforme, a partir del cual ha formulado y desarrollado la teoría de la modulación de los fallos constitucionales con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Constitución. De este modo, se reafirma que la interpretación constitucional también recae sobre la legislación cuando se interpretan las normas infraconstitucionales con el fin de «adecuarlas» al texto supremo.

La CCC ha destacado que, en el ejercicio interpretativo, el juez constitucional debe determinar el efecto de las normas que en mayor medida garanticen y protejan los derechos constitucionales, dando origen a las sentencias condicionadas, integradoras y de efectos diferidos.[128] Con todo, el fundamento constitucional de la modulación de los fallos constitucionales radica en el principio de supremacía de la Constitución, el principio de conservación del derecho y el principio de interpretación conforme.[129]

---

127 Pueden verse: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-543 de 1996; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 040 de 1997, C-426 de 2002, Corte Constitucional de Colombia, , sentencia C-820 de 2006; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-534 de 2005, C-1299 de 2005; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 673 de 2005; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-545 de 2008; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-684 de 2009, C-777 de 2010

128 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-203 de 2002.

129 Pueden verse: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-113 de 1994, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-503 de 1994, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-089 de 1991, Corte Constitucional De Colombia, sentencia C-145 de 1994, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-408 de 1994, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-497 de 1994, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-555 de 1994, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-041 de 1995,

No obstante, el principio de supremacía constitucional evoca una teoría dogmática cercana al neoconstitucionalismo, que centra la supremacía en el texto constitucional por encima de la noción de poder constituyente. En los modelos del NCL, sin embargo, no se hablará de una supremacía constitucional a secas, sino de una supremacía predeterminada por la voluntad popular.

El caso de las sentencias modulativas se sustenta en una aparente integridad y supremacía de la Constitución que genera una ruptura de la declaratoria de inconstitucionalidad absoluta, con el fin de entregar una competencia de adjudicación al máximo tribunal constitucional colombiano. (Bechara, 2018, pp. 220-221).

Las sentencias condicionadas o de constitucionalidad conforme se caracterizan por ser providencias judiciales que declaran la constitucionalidad de una norma, pero condicionan dicha constitucionalidad a un resultado interpretativo formulado por el tribunal constitucional. Esto lleva a que el juez constitucional elimine las demás interpretaciones posibles de la norma. Por ello, este tipo de sentencias lleva consigo la idea de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad pura de la norma resulta defectuosa o trae efectos adversos para el sistema jurídico. La CCC ha definido estas sentencias de la siguiente forma:

> En cambio, la constitucionalidad condicionada consiste en que la corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-053 de 1995, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-106 DE 1995, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-316 de 1995, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-711 de 1996, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-658 de 1997, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-678 DE 1998, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-080 de 1999, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-878 de 2000, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-007 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-11162 de 2000, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-740 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1709 de 2002, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-004 de 2003, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-245 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-310 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 311 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-348 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-349 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 431 DE 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-507 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-500 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-558 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-559 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-561 de 2004.

> se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente. pero si la corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada tiene efectos jurídicos definitivos y erga omnes. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-492 de 2000)

Quinche (2022, pp. 142-144) ha señalado los criterios para que el tribunal constitucional decida proferir una sentencia de esta naturaleza, identificándolos de la siguiente forma: (1) cuando la interpretación de una norma admita solo resultados interpretativos conformes con la Constitución, el juez constitucional deberá declarar la exequibilidad de la norma; (2) cuando la interpretación de la norma solo admita resultados contrarios a la Constitución, la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico; (3) cuando la interpretación de una norma admita interpretaciones conformes con la Constitución y, a su vez, interpretaciones contrarias a ella, el juez condicionará la constitucionalidad de la norma según los sentidos que denoten su conformidad con la Constitución; y (4) cuando la interpretación de las normas infraconstitucionales tenga resultados alternativos pero afecte principios y valores constitucionales, el juez constitucional debe excluir aquellas interpretaciones que sean irracionales o vulneren principios propios del sistema jurídico.

Al respecto, Martínez (2000, p. 24) ha señalado que las sentencias condicionadas son las más comunes dentro de la justicia constitucional colombiana, ya que restringen el alcance normativo del texto enjuiciado, esto es, afectan su contenido, pero permiten su eficacia y continuidad dentro del sistema, expulsando aquellas interpretaciones que pudieren ser contradictorias a la Constitución.

Es de advertir que este tipo de sentencias opera de manera abstracta sobre las interpretaciones de los demás operadores jurídicos, tratándose de un ejercicio hermenéutico indirecto y eventual. Del mismo modo, ha preceptuado la CCC sobre este tipo de sentencias:

> Una primera vía por medio de la cual esta Corte se ve obligada a controlar –en forma indirecta- la constitucionalidad de ciertas interpretaciones es entonces cuando uno de esos textos es demandado por un ciudadano, puesto que no puede el juez constitucional expulsarlo del ordenamiento, por cuanto el artículo acusado admite ciertas interpretaciones constitucionales, pero tampoco puede la Corte declararlo exequible en forma pura y simple, por cuanto estaría legitimando ciertos entendimientos del mismo contrarios a la Carta. En esos eventos, la única alternativa es recurrir a una sentencia interpretativa o condicionada, y declarar exequible el texto legal, pero expulsando del ordenamiento el entendimiento de ese texto que resulta contrario a la Carta. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-569 de 2004)

A pesar de los márgenes interpretativos otorgados a la CCC para determinar la interpretación más ajustada a la Constitución, las sentencias condicionadas no pueden ser asimiladas sin más a la aplicación de una ideología evolucionista, tal como lo enuncia la CCC. Lo anterior debido a que la teoría de la Constitución viva como ideología de la interpretación entrega a todos los jueces la capacidad de determinar los sentidos de las normas legales conforme a la realidad imperante en un momento determinado, mientras que otra cosa es la competencia única de la Corte Constitucional de controlar los sentidos de las normas infraconstitucionales conforme a la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-569 de 2004).

Por ello, la teoría de la Constitución viva como ideología de la interpretación se encuentra ligada tanto al control difuso de constitucionalidad como al control concentrado, mientras que la condicionalidad de las sentencias será una prerrogativa propia de los órganos de control concentrado de constitucionalidad.

Noguera (2010, pp. 120-121) señalará que la CCC ha hecho uso de un fuerte activismo judicial al momento de realizar ejercicios de control de constitucionalidad, decidiendo no solo la conformidad de la norma con la Constitución, sino también determinando el tipo de interpretación que se le dará al texto acusado, lo que ha rebasado la clásica noción de poder legislativo negativo.

Un ejemplo interesante resulta ser la despenalización del aborto en Colombia. Ya en la Sentencia C-355 de 2006, la CCC había condicionado la constitucionalidad de la norma siempre que se contemplaran como excepciones a esta: (1) el embarazo riesgoso para la salud de la gestante; (2) las malformaciones del feto que hagan su vida inviable; y (3) el embarazo producido por un acceso carnal violento. Posteriormente, dicha modulación sería alterada mediante la Sentencia C-055 de 2022, donde la CCC consagraría el derecho de la mujer gestante a la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 24.

3.2.5.2.- Las sentencias integradoras aditivas desde la Corte Constitucional colombiana

A contrario sensu de lo dispuesto en las sentencias condicionadas, en las que se determina el sentido hermenéutico conforme con la Constitución, las sentencias integradoras aditivas posibilitan que el juez constitucional inserte un sentido interpretativo que, *prima facie*, la norma no contiene, con el fin de mantener su constitucionalidad. Este tipo de sentencias incorpora un elemento novedoso que inicialmente la norma enjuiciada no prevé, con el fin de superar el vacío normativo que vulnera la Constitución (Corte Constitucional de Colombia,

Sentencia C-233 de 2021).[130] Por tanto, el juez constitucional proyecta los contenidos constitucionales con el fin de superar los vacíos de la legislación o la indeterminación propia de los enunciados normativos infraconstitucionales.[131]

De este modo, las sentencias aditivas buscan resolver una omisión legislativa de naturaleza relativa, teniendo el juez la obligación de ampliar el espectro normativo con el fin de garantizar el principio de igualdad. (Solano, 2007, pp. 544-547).

En efecto, este tipo de providencias da un alcance mayor al inicialmente previsto por la autoridad normativa, en tanto que sin esa adición la norma terminaría siendo inconstitucional. De allí surge la necesidad de integrar la norma enjuiciada a la Constitución y evitar su expulsión del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de este tipo de sentencias puede encontrarse en la Sentencia C-336 de 2008, en donde la CCC señaló que la aplicación de varias normas contenidas en la Ley 100 de 1993, relativas a la seguridad social, se hacía extensible a los compañeros permanentes del mismo sexo.

Otro caso interesante resulta ser el contemplado en la Sentencia C-892 de 2012, donde la CCC hizo extensible la licencia por luto a los parientes en segundo grado civil, dado que la norma solo contemplaba como beneficiarios de esta a aquellos que tuvieran vínculos de consanguinidad. En este tipo de sentencias es común y recurrente que el juez constitucional acuda a la aplicación del juicio de igualdad expuesto en este trabajo, con el fin de determinar si la norma vulnera dicho principio. Sin embargo, la tipología de sentencias integradoras evita que la norma salga del ordenamiento jurídico y permite que el juez tome un papel activo para equiparar los derechos.

Otro caso que podría tomarse como ejemplo es el expuesto en la Sentencia C-600 de 2011, donde se demandó la inconstitucionalidad de los numerales 7 y 8 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, dado que en el trámite de los impedimentos y recusaciones se daba un trato diferente entre los cónyuges y compañeros permanentes, así como entre los familiares unidos por vínculos

130 Pueden verse, además: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 470 de 1997, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 543 de 1996; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-005 de 1998; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-112 de 2000.

131 Pueden verse las siguientes sentencias: Corte Constitucional de Colombia, C-109 de 1995; Corte Constitucional de Colombia , sentenciaC-370 de 2006; Corte Constitucional de Colombia , sentencia C-228 de 2002; Corte Constitucional de Colombia , sentencia C-004 de 2003; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-454 de 2006; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-209 de 2007; Corte Constitucional De Colombia, sentencia C-516 de 2007 y Corte Constitucional De Colombia, sentencia C- 782 de 2012.

de consanguinidad y aquellos unidos por vínculos civiles. Así, la CCC señaló que la expresión «cónyuge» sería declarada exequible bajo el entendido de que comprendía también a los compañeros permanentes y, frente a los familiares en primer grado de consanguinidad, comprendía también los parientes de primer grado civil. Ello, sin lugar a dudas, implicó adicionar contenidos normativos y supuestos fácticos no contemplados inicialmente por la norma.

El procedimiento para este tipo de sentencias se encuentra ligado a: (1) la existencia de una disposición normativa sobre una materia cuya interpretación puede conducir a la inconstitucionalidad de la norma; (2) que la regulación sobre la materia sea precaria debido a la ausencia de supuestos de hecho o circunstancias que generen un déficit de protección en un grupo de personas por los avances propios de la sociedad; y (3) la necesidad de amplificar los efectos de la norma a supuestos de hecho inicialmente no contemplados, con el fin de subsanar el déficit de protección. (Quinche, 2022, pp. 146-147).

De esta forma, este tipo de sentencias evoca una ideología evolutiva de la interpretación, que permite al juez adaptar las normas infraconstitucionales a las nuevas dinámicas sociales bajo la aparente necesidad de adecuar el enunciado enjuiciado a la Constitución. Del mismo modo, este tipo de sentencias ancla primordialmente su uso en la garantía del principio de igualdad, como mecanismo que permite la protección de grupos poblacionales no previstos por el legislador.

Por ello, las sentencias aditivas tratan verdaderas omisiones legislativas al referirse a una regulación insuficiente que no solo se sustenta en la garantía del principio de igualdad, sino que además puede responder a vacíos jurídicos que contravienen la Constitución por vulnerar otros derechos constitucionales (Martínez, 2000, p. 25). De este modo, las omisiones legislativas pueden ser de dos tipos: absolutas y relativas. En el primero de los casos se tratará de una inactividad absoluta del legislador frente a la regulación, mientras que la omisión relativa se refiere a una actividad legislativa incompleta.

No obstante, las sentencias aditivas versan sobre omisiones legislativas relativas, donde el juez constitucional debe adicionar al texto supuestos o circunstancias acordes con la Constitución. La CCC ha dispuesto como circunstancias o supuestos que constituyen una omisión legislativa: (1) cuando se da la inexistencia de un precepto encaminado a desarrollar un deber impuesto por la Constitución; (2) cuando el cumplimiento de un deber favorece a un grupo poblacional específico; (3) cuando, en el desarrollo del deber, el legislador excluye a determinados ciudadanos; y (4) cuando el legislador omite en una regulación un elemento esencial a esta. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-543 de 1996).

Así las cosas, la función del juez constitucional es de complementariedad con el legislador, en tanto lo que realiza es complementar el texto legal conforme a los derechos y principios constitucionales emanados del poder constituyente, garantizando la efectividad de los mandatos contenidos en el texto supremo.

3.2.5.3.- Sentencias integradoras sustitutivas desde la Corte Constitucional colombiana

Las sentencias integradoras sustitutivas son aquellas que se ubican en un punto intermedio entre una sentencia de inconstitucionalidad y una sentencia integradora, dado que eliminan o anulan un precepto de la legislación enjuiciada e incluyen un mandato propio de la Constitución. Así, las sentencias integradoras sustitutivas tienen una función de legislador negativo, al controlar la constitucionalidad de los enunciados normativos infraconstitucionales, pero además reconstruyen la norma con el fin de superar el vacío normativo generado por la inconstitucionalidad. Por ello, la CCC reemplaza las expresiones no acordes con la Constitución por otras que permiten la continuidad del enunciado en el sistema jurídico (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-235 de 2009).[132]

Ahora bien, la sentencia integradora sustitutiva se caracteriza por ser formulada bajo tres etapas: (1) la existencia de una interpretación inconstitucional a raíz de una expresión o enunciado normativo; (2) la declaratoria de inconstitucionalidad de una expresión o enunciado normativo, que a su vez genera un vacío jurídico que conduce a la incoherencia del sistema jurídico; y (3) la necesidad de incluir determinada expresión con el fin de permitir la continuidad del enunciado normativo en el sistema. (Quinche, 2022, p. 148).

Un primer ejemplo puede ser lo expuesto en la Sentencia C-1325 de 2005, donde se demandó la inconstitucionalidad de las expresiones «amos», «criados» y «sirvientes» del artículo 2349 del Código Civil. Así, la CCC determinó que dichas expresiones contenían un lenguaje peyorativo que desconocía los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana. Por ello, las expresiones serían reemplazadas por «empleadores» y «trabajadores», ajustando el enunciado normativo a la Constitución.

Otro ejemplo será el resuelto por la CCC en la Sentencia C-043 de 2017, donde se conoció de la demanda contra el artículo 25 de la Ley 1306 de 2009, enunciado en el que se empleaba la expresión «discapacitado». Al estudiar la norma, la CCC consideró que dicho enunciado implicaba «un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a

132 Puede verse otras sentencias como: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 078 de 2007; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-325 de 2009; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 458 de 2015

los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos». De manera que el alto tribunal modificó la expresión demandada por «de la persona en situación de discapacidad». En el caso expuesto, concluyó la CCC:

> En conclusión, la Sala proferirá una sentencia modulada, considerando que esto no implica la invasión de la libertad de configuración del legislador o el quebrantamiento del principio de la división de los poderes públicos, puesto que la Corte no está construyendo una disposición legal nueva sino que simplemente está adecuándola para que esta armonice con el sentido de la institución jurídica que desarrolla y resulte coherente con las demás sobre la materia presentes en el ordenamiento jurídico, incluso en el mismo Estatuto, y con el objetivo mismo del artículo en su conjunto, y simultáneamente sea respetuosa de la normas constitucionales pertinentes. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-043 de 2017)

3.3.- La interpretación de los derechos individuales por parte de la Corte Constitucional colombiana: decisiones progresistas o regresivas de los derechos

3.3.1.- El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo

La CCC, a través de la Sentencia C-355 de 2006, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no se incurre en una conducta punible cuando la interrupción voluntaria del embarazo se produce como consecuencia de tres situaciones específicas: (1) cuando el embarazo representa un peligro para la vida o salud de la mujer; (2) cuando el feto presenta malformaciones que hacen inviable su vida, previa certificación médica; y (3) cuando el embarazo es producto de la configuración de una conducta punible, debidamente denunciada.

A pesar de ello, dentro del seno de la CCC se presentaron posteriores demandas con el fin de despenalizar de manera plena el aborto, bajo el argumento de la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, la CCC en la Sentencia C-055 de 2022 despenalizaría de manera plena el aborto hasta la semana veinticuatro (24). Ello, a raíz de que, en un ejercicio de interpretación, la CCC se declaró en favor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres sobre la protección de la vida en gestación, definiendo el punto óptimo del término de gestación:

> El primero, constituido por las tres «hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad» de la mujer evidenciadas por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006.
>
> 654. El segundo, constituido por el concepto de «autonomía», que permite la maximización abstracta de los bienes en tensión, pues se refiere al momento en el que es posible evidenciar que se rompe la dependencia de la vida en formación respecto de la persona gestante, lo que justifica su protección reforzada por el

> derecho penal en el actual contexto normativo. En efecto, despenalizar totalmente el aborto con consentimiento, sin que existan medidas alternativas de protección de la vida en gestación, colocaría al Estado colombiano en situación de incumplimiento de su obligación constitucional e internacional de adoptar medidas con dicha finalidad. A ello se suma el hecho, puesto de presente en la jurisprudencia de revisión de tutelas citada en esta providencia, de que las barreras actualmente existentes impiden la práctica de la IVE, en las primeras semanas, en las causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006, razón por la que despenalizar sólo hasta las primeras semanas, sin garantías para el ejercicio de los derechos de las personas gestantes, no permitiría resolver en las condiciones actuales la tensión constitucional a que se ha hecho referencia.
>
> 655. El tercero, que promueve un diálogo en las instancias de representación democrática, para que, en atención al condicionamiento de la disposición demandada, formulen e implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes, ampliamente descritos en esta providencia, y, a su vez, proteja en forma gradual e incremental la vida en gestación, sin afectar intensamente tales garantías. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055 de 2022)

No obstante, la decisión en el seno de la Corporación fue ampliamente dividida, dándose una votación de cinco (5) contra cuatro (4), lo que denota una decisión de fuerte carga ideológica, más aún cuando el magistrado que definió la votación del asunto fue elegido como miembro *ad hoc* debido al impedimento de uno de los miembros titulares de la CCC. Así, el reglamento interno de la CCC prevé que, en caso de empate respecto de una ponencia, se sorteará para que uno de los miembros de la lista de conjueces dirima el asunto. De allí que la decisión podría haber favorecido una posición más conservadora frente al aborto según el miembro *ad hoc* escogido, pudiéndose incluso limitar el derecho ya señalado por la Corporación en oportunidades anteriores.

En el presente caso, la justicia constitucional termina siendo reducida a un juego democrático de mayorías, como ya lo ha mencionado Waldron (2018), lo que a su vez cercena la voluntad constituyente en aspectos importantes que deberían ser decididos por la sociedad. Por eso, si las decisiones frente a los significados de la Constitución dentro de un mismo tribunal son tan contradictorias que hacen necesario apelar al escenario de la mayoría, ¿no sería mejor que fuera el pueblo, a través de los procedimientos democráticos previamente establecidos, quien definiera el asunto en cuestión?

Ahora bien, conviene señalar que aun cuando se dio una decisión mayoritaria en el seno de la CCC, mediante la Sentencia T-158 de 2023 el alto tribunal definió que no existe un derecho absoluto a la interrupción voluntaria del

embarazo antes de la semana veinticuatro (24), en razón a que deberá definirse por parte del Gobierno y el legislador una política pública en la que se determinen las condiciones de acceso al derecho. Esto, en otras palabras, significa el condicionamiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y de la misma Sentencia C-055 de 2022 a una serie de requisitos no contemplados inicialmente por la CCC, retornando a los supuestos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006. Esto, sin lugar a dudas, denota un fuerte disenso dentro de la Corporación sobre la interpretación constitucional, recurriendo a un mecanismo de mayorías, pero sin la legitimidad que pudiese revestir una decisión popular.

3.3.2.- El derecho a morir dignamente

La CCC, frente al tema en cuestión, ha planteado que la Constitución se trata de un texto viviente que se adapta a las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de la época. Lo anterior posibilitó, en un primer momento, el estudio del derecho a morir dignamente a través de la despenalización del delito de homicidio por piedad consagrado en el Código Penal de aquel entonces. La CCC, a través de la Sentencia C-239 de 1997, declararía la condicionalidad de la norma demandada siempre que se tratara de una enfermedad terminal, existiera plena voluntad del sujeto pasivo del delito y la conducta fuese realizada por un profesional de la salud.[133]

Con posterioridad, a través de acción de tutela, la CCC conocería del caso de una mujer a quien, dadas las condiciones del sistema de salud, se le impedía el acceso al derecho a una muerte digna, por lo que el alto tribunal protegería sus derechos y ordenaría la práctica de las acciones adecuadas para garantizar el derecho.

En todo caso, hasta el año 2021 la CCC se pronunciaría de manera abstracta respecto del derecho a morir dignamente, entendiendo que no existiría cosa juzgada frente al tema en cuestión, ya que, pese a que no se hubiese dado un cambio en el cuerpo de la Constitución, la jurisprudencia del alto tribunal sí evolucionó, por lo que estaban dadas las condiciones para proferir un nuevo pronunciamiento judicial y negar el carácter de cosa juzgada.

Así las cosas, en la Sentencia C-233 de 2021 la CCC ampliaría el supuesto fáctico en el que no se incurre en una conducta punible, realizando un ejercicio de ponderación entre el derecho a la vida y el derecho a la autonomía de la voluntad, en el que se decantaría por el derecho a la autonomía de la persona. Por esta razón, para el alto tribunal el derecho a morir dignamente no solo pue-

133 Siendo reiterada la posición en las sentencias T- 790 de 2014, T- 132 de 2016, T- 322 de 2017, T- 423 de 2017, T- 544 de 2017, T- 721 de 2017, T- 060 de 2020.

de estar condicionado al padecimiento de una enfermedad terminal, en tanto existen situaciones en que, pese a que no se trata de una enfermedad terminal, sí se da una afectación a la vida digna que puede resultar desproporcionada:

> En ese orden de ideas, y considerando la relación entre el derecho a morir dignamente y el acceso a servicios de salud adecuados, que ha ido identificándose en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, la Sala observa que la condición de enfermedad en fase terminal se convierte en una barrera de acceso a servicios para la muerte digna, irrazonable y desproporcionada, que ocasiona un déficit de protección a personas que son sujetos de especial protección por las condiciones de salud extrema que padecen.
>
> Esta barrera impide que una persona afectada por enfermedades que ya son graves e incurables y fuente de profundos sufrimientos, pueden ejercer su auto determinación y elegir el modo de terminar su vida, y genera un efecto disuasorio sobre los profesionales de la salud para un ejercicio ético y altruista de su profesión, el cual erosiona la autonomía profesional, científica y ética, e impide al médico actuar en procura de la mejor situación o los mejores intereses del paciente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-233 de 2021)

Así las cosas, se declararía la exequibilidad condicionada del artículo 106 de la Ley 599 de 2000 bajo las siguientes circunstancias:

> Por los cargos analizados, en el entendido de que no se incurre en el delito de homicidio por piedad, cuando la conducta (i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-233 de 2021)

3.3.3.- Los derechos a la familia de las parejas homosexuales

Frente a los derechos de las parejas homosexuales, la CCC elaboraría una larga línea jurisprudencial con diferentes vaivenes en torno a la interpretación del concepto de familia y los derechos que se desprenden de esta institución. Inicialmente, la CCC conocerá de una demanda en contra del artículo 1 de la Ley 54 de 1990, en la que, a juicio del demandante, la norma era inconstitucional por vulnerar los derechos de las parejas homosexuales, en tanto establecía que una unión marital de hecho se encuentra formada por un hombre y una mujer. No obstante, para la CCC la norma era exequible, en tanto establecía condiciones de igualdad para las mujeres en una sociedad patriarcal, señalando que frente a la unión de parejas homosexuales le correspondía al legislador definir dicha situación jurídica.

En un segundo momento, la CCC fijaría un precedente de amplio impacto, en donde mediante la Sentencia C-075 de 2007 modifica la línea jurisprudencial adoptada a través de la Sentencia C-098 de 1996, indicando que la legislación de la institución de la unión marital de hecho vulneraba el derecho a la igualdad y a la familia. Al respecto se señalará:

> Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 2007)

Por otra parte, mediante la Sentencia C-336 de 2008, la CCC señalaría que el régimen de seguridad social vigente a la época resultaba discriminatorio a la luz de la Constitución de 1991, haciendo necesaria la declaración de exequibilidad condicionada de la norma con el fin de incluir como beneficiarias del régimen a las parejas del mismo sexo.

Del mismo modo, en la Sentencia C-577 de 2011, la CCC exhortaría al Congreso de la República a legislar en favor de los derechos de las parejas homosexuales, siendo renuente a reconocer el déficit de desprotección de estas parejas como un contexto ampliamente discriminatorio. Sin embargo, nuevamente la CCC emitiría una providencia regresiva respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, en tanto en la Sentencia SU-617 de 2014 indicaría que estas parejas no cuentan con un derecho constitucional a adoptar, ya que lo que busca proteger esta institución es la prevalencia de los derechos de los menores.

Ahora bien, en la Sentencia C-071 de 2015, por medio de la cual se demandan algunas normas relativas al Código de Infancia y Adolescencia, la CCC reiteraría su negativa frente a la posibilidad y derecho de adopción de parejas homosexuales, en razón a que, a juicio del tribunal, el constituyente no declaró un derecho a adoptar y, a su vez, debía garantizarse la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, después de múltiples negativas jurisprudenciales, la CCC, en la Sentencia SU-214 de 2016, indicaría el derecho que tienen las parejas homosexuales de contraer matrimonio a la luz del derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al concepto de familia emitido por el constituyente.

En todo caso, la CCC no solo ha emitido fallos favorables a los intereses de las parejas homosexuales como grupo históricamente discriminado por una sociedad machista y patriarcal, sino que a su vez en su jurisprudencia también ha sido frecuente la negativa a equiparar derechos, teniendo como principal eje

una interpretación restrictiva de los preceptos y derechos constitucionales. Así las cosas, el debate en torno al concepto de familia ha sido frecuente en los estrados judiciales, pero se ha mantenido alejado de los escenarios democráticos, permitiendo tanto interpretaciones amplificadoras como restrictivas de los derechos.

3.4.- La limitación de los escenarios democráticos por parte de la Corte Constitucional colombiana como cambio constitucional

Visto el amplio catálogo de técnicas y recursos interpretativos utilizados por la CCC para desentrañar los significados de las normas constitucionales e infraconstitucionales, podría esgrimirse que fue deseo del constituyente establecer un modelo de ideología de la interpretación más cercano a la Constitución viva que, desde un punto de vista normativo, permitiera la dinamicidad y modificación de las normas por parte de los jueces, a partir de la libertad que goza el operador jurídico para escoger uno u otro método que guiará el resultado hermenéutico.

Por esto, desde un punto de vista político, el constituyente de 1991 pareciera haber anclado el sistema constitucional en manos de los jueces, debido al amplio margen de libertad interpretativa de que gozan cuando estudian la constitucionalidad de un enunciado normativo. Esto permite la adaptación de las disposiciones constitucionales a la realidad, pero además también la mutación de disposiciones infraconstitucionales bajo un carácter sociológico de la norma.

Bajo el planteamiento anterior, el juez constitucional colombiano es un juez activista dados sus amplios márgenes de libertad interpretativa. Sin embargo, como ya se ha destacado, dicho dinamismo no siempre resulta amplificador de los derechos constitucionales consagrados por el constituyente, por cuanto del resultado interpretativo puede obtenerse una interpretación de índole extensiva o restrictiva de los derechos, constituyéndose en dos caras de una misma moneda.

Así, los resultados interpretativos producto de la amplia libertad de los jueces pueden traer consigo la vulneración de las disposiciones constitucionales establecidas por el constituyente, minimizando su margen de acción y obstaculizando su efectividad. Por ello, la visión de un juez activista desconoce la ontología misma del poder constituyente en la que se sustenta el NCL, ya que para darse un cambio constitucional deberá contarse con el aval del pueblo como único poder soberano creador.

Además, la visión en clave del NCL exige una amplificación de los derechos constitucionales con especiales condiciones emancipatorias y transformadoras de la realidad social. En consecuencia, las interpretaciones regresivas se constituyen en afectaciones a la ontología misma del poder constituyente, haciendo ilegítimo el cambio constitucional por vía informal y también ilegítimos los cambios de la legislación por vía interpretativa. Esto presenta una visión formal, pero a su

vez material, del poder constituyente y de su trascendencia legitimadora del orden jurídico en el NCL.

De este modo, el peligro de la libertad interpretativa de los jueces y la posibilidad de mutación del sistema jurídico radica en que las mutaciones o cambios de la norma constitucional sirvan para avalar la constitucionalidad de una norma infraconstitucional o, a su vez, para declarar su inconstitucionalidad. Del mismo modo, la posibilidad de cambio de las normas infraconstitucionales por vía interpretativa podría implicar la declaratoria de constitucionalidad de una norma evidentemente inconstitucional o la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma constitucional. Lo anterior termina generando una ruptura en el sistema democrático y en la misma soberanía popular, convirtiendo al juez constitucional en un verdadero poder constituyente.

Ahora bien, para entender el peligro de la libertad interpretativa de los jueces constitucionales se pondrán de presente tres casos jurisprudenciales que evocan una restricción en materia de derechos políticos y de participación de la ciudadanía. Con ello se desconoce este elemento como un pilar del NCL, anclado a una teoría del constitucionalismo democrático que amplía los escenarios de toma de decisiones por vías democráticas. Así, se pondrán de presente la ilegítima restricción de las consultas populares para la defensa del medio ambiente, la decisión del plebiscito por la paz y la restricción de derechos políticos por parte de una autoridad administrativa, en este caso, por la Procuraduría General de la Nación.

3.4.1.- La consulta popular como judicialización de la política y subversión del poder constituyente como poder político

En Colombia, la lucha por el medio ambiente, dadas las expansivas actividades minero-energéticas en el país, ocasionó una serie de movimientos democráticos orientados a prohibir este tipo de actividades en el territorio. No obstante, las protestas y movilizaciones no tuvieron eco suficiente en los poderes constituidos para lograr dicha prohibición, lo que generó que el pueblo acudiera a mecanismos de participación popular, siendo la consulta popular el mecanismo utilizado para ello.

La consulta, como mecanismo de participación ciudadana, fue consagrada por el constituyente de 1991 en el artículo 103 constitucional. Se trata de un mecanismo a través del cual el pueblo ejerce su soberanía, poniendo en consideración de los ciudadanos una o varias preguntas sobre un asunto de trascendencia pública (Congreso de la República, Ley 134 de 1994, art. 8). Así, las consultas populares tendrán diferentes alcances según la competencia atribuida

a determinada entidad territorial, [134] con requisitos respecto de su activación, trámite posterior y decisión.[135] De cualquier manera, la decisión que tome el pueblo deberá ser acatada por la autoridad competente en un periodo máximo de tres meses, lo que permite entender que los poderes constituidos son relegados por la voluntad popular.

Así las cosas, en un inicio el debate frente a la procedencia de la consulta popular para la prohibición de actividades mineras se centró, por parte de la CCC, en la competencia que tenían las entidades territoriales para regular el uso del suelo y del subsuelo, atribuyéndose una estrecha relación con el medio ambiente y el reparto de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. En un primer momento se contempló la posibilidad de que los municipios pudieran prohibir este tipo de actividades vía consulta popular. Así, el máximo tribunal constitucional colombiano, en la Sentencia T-445 de 2016, desarrollaría varias vías interpretativas para que el pueblo, a través de la consulta popular, pudiera decidir sobre este tipo de cuestiones ambientales.

De este modo, la jurisprudencia señaló que, bajo el principio de autonomía territorial, los municipios tienen dentro de sus competencias planificar el manejo de los recursos naturales para el desarrollo sostenible del territorio, resaltando también el carácter democrático que debe tener la organización, uso y desarrollo de las políticas públicas ambientales. No se puede olvidar que la ordenación del territorio tiene una relación directa con aspectos axiales de la vida de los seres humanos, siendo este instrumento un medio que determina las condiciones sociales, económicas, culturales y ambientales de una sociedad. Sin embargo, también se hizo énfasis en que en Colombia no se contempla un derecho al medio ambiente en estricto sentido, sino que este será un bien constitucionalmente protegido, por lo que su protección no podrá plantearse de forma directa ante el juez constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445 de 2016).

Desde la noción de poder constituyente como poder absoluto e ilimitado que se transforma normativamente a través del principio de soberanía popular, la CCC señala que la Constitución y la legislación permiten ejercicios de justicia ambiental, siendo un mandato del constituyente la necesidad de entregar

134 "Artículo 51.- *Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local.* Sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que éste determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales." (Congreso de la República, Ley 134 de 1994)

135 Puede verse Ley 1757 de 2015 "Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática".

mayores niveles de participación a las comunidades que podrían verse afectadas por los efectos nocivos de la minería. En este caso, para el alto tribunal, las actividades mineras tienen una especial relación con la política alimentaria del Estado y los trabajadores agrícolas, siendo estos últimos sujetos de especial protección constitucional en razón a su bajo nivel de escolaridad, lo que les impide acceder en condiciones de igualdad a escenarios de toma de decisiones. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445 de 2016).

La CCC decidirá entonces que, a raíz del principio de autonomía territorial y de las normas de distribución de competencias, los municipios pueden prohibir las actividades mineras por afectar o modificar los respectivos usos del suelo a través de la consulta popular. Por ello, a pesar de que el constituyente estableció una forma de Estado unitaria, el principio de autonomía territorial permite el ejercicio democrático y participativo del pueblo en las decisiones locales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445 de 2016).

Es así como, para la CCC, la trascendencia de las consecuencias que puede generar cualquier proyecto minero-energético en el territorio hace necesario que se contemplen mecanismos de participación popular que permitan conocer la opinión del pueblo, constituyéndose este en un verdadero poder político que legitima el accionar de los poderes públicos mediante la fórmula del poder constituyente enlazada con un ejercicio de justicia ambiental. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445 de 2016).

No olvidemos que, en el caso colombiano, la propia ontología del poder constituyente previó múltiples mecanismos de participación ciudadana que contrarían la noción clásica de soberanía popular concretada en una concepción representativa de la Constitución Política de 1886. Al respecto, conviene citar lo dicho por la CCC referente al principio democrático, que resulta universal y expansivo en virtud del ejercicio del poder constituyente:

> Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-624 de 2013)

De esta forma, la CCC da continuidad a toda una línea de precedentes en concreto, teniendo en cuenta que la participación popular se constituye como un medio de defensa de los recursos naturales y del medio ambiente. De allí se

derivan dos reglas jurisprudenciales: (1) cualquier ejercicio de justicia ambiental implica la participación de los ciudadanos que pueden verse afectados por la ejecución de la actividad empresarial; y (2) se produce una ruptura y replanteamiento de la noción de interés general, dado que con el ejercicio democrático y participativo del ciudadano afectado se rompe con la visión clásica de dicho concepto.

No obstante, como reacción al aumento de las iniciativas populares para la defensa del medio ambiente, se presentará un fenómeno de judicialización de la política por parte de los sectores económicos que se verían afectados por las negativas del pueblo al desarrollo de proyectos mineros. En este punto se presentó una judicialización de las relaciones sociales, así como la expansión de las competencias de los tribunales constitucionales en el establecimiento de políticas públicas. A su vez, serán los tribunales quienes definan el alcance de los derechos constitucionales y los límites a los poderes públicos, traduciéndose ello en la resolución judicial de controversias que definen toda una comunidad política (Contreras, 2018, pp. 376-377). Así las cosas, se genera de manera antidemocrática una reglamentación judicial de los procesos sociales emancipadores que están en el campo de lo político y son trasladados a lo judicial.

Vale indicar que la decisión de la Sentencia T-445 de 2016 sería ratificada mediante Auto 053 de 2017, reiterando en Sala Plena de la CCC que los asuntos relativos a la regulación del suelo y subsuelo en Colombia corresponden a los municipios y tienen un amplio componente de participación en cabeza del pueblo. A partir de este primer precedente, el pueblo institucionalizaría su lucha a través de los mecanismos de participación popular y abandonaría, en buena medida, los mecanismos de protesta social.

No obstante, la CCC modificaría su regla jurisprudencial a través de la Sentencia de Unificación SU-095 de 2018, estableciendo las siguientes reglas: (1) las decisiones relativas al uso del subsuelo corresponden a la Nación y no a las entidades territoriales, situación que implicaría un cambio en la estructura del Estado; (2) la necesidad de protección del interés general de la Nación, traducido en la residencia de la competencia del poder central para delimitar las actividades minero-energéticas dentro del territorio; y (3) la imposibilidad de las consultas populares para tomar soluciones beneficiosas para la comunidad, en tanto se da un sistema binario de aceptación o rechazo frente a las actividades extractivas.

Es por ello que la CCC acogería un criterio sistemático de interpretación que concluiría que los recursos naturales no renovables son propiedad de la

Nación, trascendiendo este asunto del nivel municipal o regional, [136] lo que haría nugatoria la decisión popular de naturaleza local dirigida a prohibir actividades mineras. En tanto los recursos provenientes del subsuelo pertenecen a toda la Nación, el ordenamiento jurídico provee una serie de instituciones que regulan el sector de hidrocarburos, los recursos económicos provenientes de este sector son distribuidos en todo el territorio y el sector central es el facultado para regular dichas actividades. Al respecto señalará la CCC:

> Conforme a lo expuesto, en el caso sub examine el Tribunal Administrativo del Meta interpretó aisladamente postulados constitucionales y por ello en la revisión de constitucionalidad de la pregunta a elevar a consulta popular, no analizó en forma sistemática e integral las competencias de diversas entidades del Estado, omitiendo las radicadas en cabeza del gobierno nacional central, respecto a los recursos del subsuelo. De tal forma, la Sala Plena encuentra que la existencia de límites competenciales para la procedencia de consultas populares territoriales específicamente relacionados con la materia objeto de consulta hace que no pueda ser sometido a decisión de la entidad territorial la decisión unilateral de explotación de los RNNR. Por ello, en el caso subexamine el Tribunal Administrativo debió evaluar en forma previa, integral y estricta las competencias de las entidades territoriales respecto a los recursos del subsuelo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-095 de 2018)

Asimismo, destaca el alto tribunal en esta sentencia que la misma corporación incurrió en un error en la Sentencia T-445 de 2016 al darse «una interpretación limitada y aislada de postulados y principios definidos en la Constitución». Diría a su vez la CCC sobre las competencias en materia de regulación de la minería:

> La consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se

136 "Efectivamente, el artículo 313 de la Constitución dispone que corresponde a los Concejos Municipales reglamentar los usos del suelo y por su parte el artículo 29 de la Ley 1454 de 2011 le asigna a los municipios las competencias en materia de ordenamiento territorial. No obstante, se observa que un análisis constitucional de solamente estas premisas implica una lectura no sólo aislada del resto de las normas que le son aplicables sino que olvida que el objeto mismo de la consulta se refiere a la ejecución de actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción, transporte y comercialización de hidrocarburos. En otras palabras, a diferencia de lo señalado por el Tribunal Administrativo del Meta, el objeto mismo de la consulta no se limita a determinar únicamente el uso del suelo." (Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-095 de 2018)

> realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente; así, el ordenamiento jurídico ha previsto y otorgado competencias en materia del subsuelo a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-095 de 2018)

Independientemente de la naturaleza de la consulta popular —nacional, departamental o municipal—, de modo equivocado la CCC señalaría que la posibilidad de realizar consultas populares para la prohibición de actividades mineras implica una reforma de índole constitucional, sobreponiendo la voluntad de los poderes constituidos sobre el poder constituyente residente en el pueblo:

> Por el contrario, el obtenerse un «no», ello implicaría un poder de veto de las entidades territoriales que anula las competencias nacionales en materia del subsuelo, desconociendo todo el marco constitucional que las dispone.
>
> vía consulta popular nacional no es posible reformar la constitución puesto que ello erosionaría la supremacía de la carta, que no ha previsto ese procedimiento de reforma. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-095 de 2018)

En todo caso, la CCC identificará un déficit de protección en la participación ciudadana y en la concurrencia de la Nación y el territorio, señalando una serie de criterios que deberá adoptar el legislador para superar ese escollo. No obstante, como punto crítico puede verse que se da una verdadera mutación constitucional del artículo 313 de la Constitución, siendo este el sustento en donde se le confiere explícitamente a los municipios la capacidad de regular los usos del suelo, generando a su vez una vulneración al principio democrático y al principio de soberanía popular, al coartar las iniciativas populares y su capacidad de decisión.

Podría decirse que el cambio de las reglas de interpretación en cabeza de la CCC puede explicarse desde dos dimensiones: una interna, asociada a aquellos argumentos que son propios de la motivación de los jueces; y una externa, relacionada con factores que están por fuera de dicha motivación.

Desde un punto de vista interno, la decisión de la CCC no respeta el sistema de precedente instaurado por ella misma, dado que desconoce las reglas fijadas por la corporación para el cambio de línea jurisprudencial. Esto se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales de los ciudadanos sobre los que se presentan afectaciones por las actividades mine-

ro-energéticas. Asimismo, el cambio jurisprudencial representa una mutación constitucional en cabeza del poder judicial que altera las condiciones de la soberanía, en tanto desconoce la naturaleza ontológica del poder constituyente como actor político mediante ejercicios de participación ciudadana. Pero también se dará la asunción del poder judicial como poder no sometido a límites, esto es, ni siquiera a su propio precedente.

Desde la dimensión externa y escéptica de la interpretación constitucional, los jueces se verán constreñidos por su propia ideología al momento de tomar una decisión en derecho, dados los constantes desacuerdos que se presentan frente a la interpretación de una norma, incluso cuando ya se ha fijado una regla jurisprudencial por el mismo tribunal constitucional. Igualmente, en la decisión se presenta un cambio del umbral decisional y la alteración del balance constitucional a raíz de la variación de los magistrados integrantes de la CCC.

Benavidez (2021, pp. 301-302) señala que para el año 2017 se presentaron cambios en las «mayorías» de la CCC debido a la finalización de los periodos constitucionales de cuatro magistrados y la elección de nuevos magistrados cercanos al Gobierno, desencadenando una serie de medidas regresivas en materia de derechos que además atentaría contra la independencia e imparcialidad del juez constitucional, suponiendo una decisión ilegítima que vulneró el principio de cosa juzgada, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

Ya en el caso concreto, la posición mayoritaria establecida en la Sentencia T-445 de 2016, ratificada mediante Auto 053 de 2017, pasaría a ser posición minoritaria debido a la finalización del periodo de cuatro magistrados que en un primer momento estuvieron a favor de la procedencia de las consultas populares para la protección del medio ambiente. Es menester resaltar que algunos de los nuevos magistrados que harían parte de la decisión SU-095 de 2018 venían de sostener fuertes relaciones con el Gobierno y los poderes constituidos, representando a su vez a grandes grupos económicos. Todo esto replantea aquellas posiciones que abogan por un activismo en los escenarios constitucionales, sin ver los efectos adversos del desconocimiento de la Constitución y de la voluntad popular, permitiendo la adopción de políticas públicas por un órgano que no está legitimado para ello. (Waldron, 2005, pp. 217-221).

Por ello, la visión de la CCC supone la judicialización de la política que se da desde una doble vía: (1) desde un punto de vista sustancial, como la restricción a las mayorías para decidir sobre lo ya acordado en la Constitución, recayendo en los tribunales constitucionales la última palabra sobre los puntos oscuros del texto normativo; y (2) desde el debilitamiento de la democracia, a raíz de la imposibilidad del pueblo para decidir sobre los asuntos que le interesan. (Benavidez, 2021, pp. 303-304).

3.4.2.- El no al plebiscito por la paz: ¿la voluntad del constituyente relegada?

A pesar de que constitucionalmente pudiera pensarse que el presidente de la República se encontraba facultado para suscribir el acuerdo de paz con las FARC-EP, por la naturaleza de este, que implicaba múltiples modificaciones al texto de la Constitución, se hizo necesario legitimarlo mediante la voluntad popular. Sin embargo, el grado de acatamiento de la decisión a través de la figura del plebiscito debilitó la capacidad decisoria del poder constituyente. En todo caso, los resultados del mecanismo democrático fueron adversos al Gobierno y a la aceptación o legitimación de los acuerdos de paz con el grupo guerrillero.

De esta forma, Simbaqueva (2015, pp. 3-10) explica que la negativa del pueblo a la refrendación del acuerdo de paz se constituyó como un vicio que debía anular la decisión del Gobierno, al tratarse de un verdadero acto del poder constituyente. Así las cosas, a pesar de que a través de la Sentencia C-630 de 2017 se declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017, los poderes constituidos no tuvieron en cuenta el principio de soberanía popular como eje rector del actuar de las autoridades estatales.

Como bien indica Loewenstein (1979, p. 327), los mecanismos plebiscitarios terminan siendo medios de control del poder político que deben ser respetados como expresión del poder constituyente. Se trata de un ejercicio horizontal a los poderes constituidos, en tanto la voluntad popular se articula a estos. No obstante, en Colombia los poderes constituidos fueron renuentes a la decisión, alterando y desconociendo el principio de soberanía popular.

Me parece importante señalar que, para Martínez Dalmau (2017), el calado de las modificaciones que traía la aprobación de los acuerdos de paz debía tramitarse bajo un proceso constituyente, en tanto el texto del acuerdo conllevaba múltiples modificaciones al texto constitucional, siendo un proceso a espaldas de la ciudadanía.

3.4.3.- La limitación de derechos políticos por parte de autoridades administrativas: el caso Petro Urrego vs. Colombia

El caso Petro Urrego vs. Colombia se enmarca en un supuesto fáctico de índole sancionatoria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación en contra del exalcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego, dándose la destitución e inhabilidad del funcionario público por parte de una autoridad administrativa, afectando sus derechos políticos y los de sus votantes. De esta forma, el exalcalde solicitaría medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de salvaguardar transitoriamente sus derechos políticos. La Comisión decidiría acoger las medidas solicitadas por el ciudadano y dictar cautelarmente la continuidad del funcionario público en el cargo de elección popular. De este

modo, se emprendería una lucha jurídica tanto en el derecho interno como en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el caso Petro Urrego consolidaría toda una línea jurisprudencial en defensa de los derechos políticos de los ciudadanos de los Estados parte adscritos al sistema interamericano de derechos humanos a través del conocido control de convencionalidad. [137]

Ahora bien, en el escenario colombiano, el Consejo de Estado fue enfático en advertir que la Procuraduría General de la Nación conserva las facultades de investigación y sanción en contra de servidores públicos elegidos de manera democrática y no democrática. No obstante, no podrá destituir, inhabilitar o suspender a aquellos funcionarios públicos elegidos democráticamente, en tanto no exista sentencia de juez penal que restrinja sus derechos. (Consejo de Estado, sentencia del 15 de noviembre de 2017).

De este modo, para la máxima autoridad de lo contencioso administrativo la sanción impuesta al ciudadano Petro Urrego, consagrada en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, resulta contraria a lo preceptuado en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para sancionar a un funcionario público elegido de manera democrática, por ser ello contrario a las normas de derecho internacional de los derechos humanos. Esto terminaría por acoger la interpretación literal de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que solo podrá suspenderse derechos políticos por parte de un juez penal. De este modo, la restricción de derechos políticos no solo es una vulneración de las garantías del funcionario público, sino además de sus electores.

El alto tribunal colombiano señaló que, frente a la interpretación del artículo 23.2 de la Convención, los jueces colombianos han tenido tres criterios interpretativos en el caso en cuestión. El primero corresponde a un criterio de carácter restrictivo desarrollado en las Sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010, donde la inhabilidad de un servidor público solo puede darse por condena de juez penal competente, entendiendo que las normas del derecho interno deberán ser armonizadas con las normas de derecho internacional con el fin de garantizar el principio *pacta sunt servanda*. De esta manera, cuando existan dos interpretaciones contradictorias, deberá preferirse aquella que mejor armonice

[137] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yatama vs Nicaragua; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman vs México; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso San Miguel Sosa y otras vs Venezuela; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Mendoza vs Venezuela.

con el derecho internacional de los derechos humanos y con el principio *pro homine*.

Un segundo criterio interpretativo, denominado integrador, fue dirigido por la Sentencia C-028 de 2006, que señala que la competencia de la Procuraduría General de la Nación en materia sancionatoria de servidores públicos elegidos democráticamente no es contradictoria con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre que la sanción tenga como fundamento actos de corrupción. Por ello, se trata de un criterio de naturaleza sistemática y teleológica de las normas de derecho internacional, que hace necesario su ajuste a las necesidades históricas del momento. Esto implica la adopción de los métodos sistemáticos y teleológicos bajo una ideología evolutiva de la norma, modificando el sentido inicialmente previsto por la autoridad normativa y dándose una mutación de la norma convencional por una autoridad que no desarrolla una interpretación auténtica,[138] desconociendo la hermenéutica prevalente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al derecho convencional (León, Sierra & Torres, 2021). Indica el Consejo de Estado:

> En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional, frente al alcance del artículo 23 de la Convención señaló que en los últimos años había cobrado fuerza la necesidad de interpretar sistemática y teleológicamente las disposiciones de los tratados internacionales para ajustar sus textos a los cambios históricos.
>
> En tal sentido, la Corte Constitucional precisó que la Corte IDH, con fundamento en el artículo 29 de la CADH, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos39, «que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales».
>
> Así las cosas, en esa oportunidad, la Corte Constitucional considero que el artículo 23 de la CADH, en punto de las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, debía ser interpretado armónicamente frente a un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, que si bien no consagran derechos humanos, si pretender articular la consecución de fines legítimos, como la lucha contra la corrupción, ajustando en consecuencia el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos a los más recientes desafíos a los que se enfrente la comunidad internacional. Y de manera puntual estableció que el articulo 23

138 Velandia (2017, p. 104) señala como el único interprete autentico de la Convención Americana de Derechos Humanos es la Corte Interamericana, en tanto es esta quien realiza un control concentrado de convencionalidad, mientras que los jueces de los Estados parte realizan un control de convencionalidad difuso que se encuentra sujeto a lo señalado por el tribunal internacional.

> convencional «no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinario que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción». (Consejo de Estado, sentencia número interno 1131-2014)

Como tercer criterio se expondrá una tesis interpretativa amplia, anclada en las Sentencias SU-712 de 2013 y SU-355 de 2015, donde se hizo explícita la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar servidores públicos elegidos democráticamente sin importar el tipo de conducta que desplieguen, partiendo de la equiparación entre la sanción penal y la sanción disciplinaria, siempre que se respete el derecho al debido proceso. Esta tesis privilegia la aplicación de las normas constitucionales sobre las de derecho internacional de los derechos humanos.[139]

Contrario a la tesis dominante de la CCC, que permite la restricción de derechos políticos por parte de autoridades administrativas, en el caso específico el Consejo de Estado anuló la decisión de la Procuraduría General de la Nación por las siguientes razones: (1) el órgano de control vulneró una disposición de rango constitucional al desconocer la aplicación del artículo 23.2 de la Convención, en tanto solo un juez penal puede restringir derechos políticos de una persona; y (2) el criterio de interpretación en el caso específico deberá dar privilegio al tenor literal del artículo 23.2, dado que esto supone la defensa del principio democrático.

En consecuencia, con el principio de soberanía popular, las facultades de restringir derechos políticos de un funcionario público no solo afectan los derechos individuales del servidor público, sino además los de sus electores como poder constituyente. Se acude a un elemento histórico para la protección de los derechos humanos, dado que el Consejo de Estado entiende que, según las circunstancias históricas que rodearon la creación del texto convencional, este se dio con el fin de garantizar el principio democrático durante periodos de totalitarismo y gobiernos dictatoriales, evitando que las autoridades administrativas pudieran hacer uso de sus poderes para eliminar políticamente a sus contradictores y opositores. Esto, a su vez, conllevó que se establecieran únicamente

139 La CCC ha indicado al respecto en sentencia SU-712 de 2013: "Una postura en sentido contrario conduciría al extremo de sostener que en ningún caso el Procurador puede imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos como el sufragio pasivo. Aún más, ni siquiera el propio Consejo de Estado, en el marco de un proceso jurisdiccional de pérdida de investidura, podría restringir el ejercicio de derechos políticos, por cuanto no sería una sanción impuesta por un "juez penal". Todo ello en abierta contradicción con lo previsto en la Carta Política de 1991, que sí autoriza este tipo de decisiones.".

en los jueces las facultades de restricción de derechos políticos, en cuanto son estos quienes gozan de mayores márgenes de autonomía e independencia para tal función. Se hizo explícito:

> Por ello, y conforme con el artículo 23 de la Convención, el poder capaz de limitar y suspender el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, en su sentido pasivo como electores y de las autoridades que ellos han elegido democráticamente, radica exclusivamente en un juez de la república. Siendo esta la autoridad que, en el caso concreto, debió ejercer su potestad jurisdiccional para imponer una sanción tan gravosa como la que efectivamente se impuso al exalcalde y no una autoridad administrativa, que, como se dijo, solo tiene competencia para hacerlo cuando quiera que los funcionarios disciplinables se encuentren directamente involucrados en casos que pongan en duda su probidad e integridad respecto de situaciones que nacional e internacionalmente se han definido como de corrupción. (Consejo de Estado, sentencia número interno 1131-2014)

De este modo, el Consejo de Estado señala que, pese a la aplicación de la teoría de la Constitución viva por parte de las autoridades judiciales nacionales, no siempre es esta la vía para garantizar en mayor medida los derechos de los ciudadanos, más aún cuando se trata de derechos de gran valor para la estructura democrática propia del Estado social de derecho.[140]

[140] "En efecto, dentro de este contexto de derecho viviente, las instituciones y la democracia Colombiana adelantaron un proceso de robustecimiento a partir de la Constitución de 1991, que sustentada en el principio de la dignidad humana, los derechos fundamentales y las libertades públicas consolidó el sometimiento del Estado al Derecho bajo la forma de Estado Constitucional. Sin embargo, la constitucionalmente plausible estructura del Estado, que puso al ciudadano y la satisfacción de sus necesidades en el centro de la acción del aparato gubernativo, no resulta totalmente inmune ni ajena a las distorsiones jurídicas, ni a los peligros que involucra la concentración del poder, de ahí la existencia del sistema de pesos y contrapesos, como del control de legalidad sobre los actos de los gobernantes que realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ciertamente, en casos como el presente, el juez de lo contencioso administrativo se enfrenta a situaciones que demandan mayor rigor en su función de control de legalidad, cuando la expedición de actos administrativos trasciende la esfera legal e involucra la afectación de derechos humanos, como el derecho político, constitucional y convencionalmente protegido. En ese sentido, la función del juez de lo contencioso administrativo es restablecer y reparar las vulneraciones de derechos, máxime, en una democracia vigorosa en la que es necesario su intervención para garantizar el equilibrio y respeto por los derechos ciudadanos, entre ellos, el derecho a ser elegido, y la libertad para elegir. Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera, bajo la interpretación preferente de los artículos 277.6 de la Constitución Política y 44.1 del CDU, que la Procuraduría General de la Nación no tenia competencia para afectar o limitar los derechos políticos de Gustavo Francisco Petro Urrego para elegir y ser elegido a la luz del ordenamiento jurídico interno, como tampoco frente al Derecho Convencional. La Sala enfatiza que

No obstante, esta tesis sería contradictoria con lo señalado inicialmente por la CCC, en tanto en acción pública de inconstitucionalidad se demandarían varios apartados del ordenamiento administrativo disciplinario dada su flagrante contradicción con la Convención Americana de Derechos Humanos. Para la CCC, la facultad sancionatoria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación cuenta con el aval del poder constituyente al encontrarse plenamente consagrada en el artículo 278.1 de la Constitución. Así, para el tribunal constitucional, en caso de que la sanción impuesta por el órgano de control afectara derechos constitucionales o el principio de legalidad, el acto administrativo sería recurrible ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Todo ello implica una interpretación sistemática de la norma demandada. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 2014; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-712 de 2013).

Ahora véase cómo, con posterioridad a la decisión adoptada por el Consejo de Estado, la CCC señalaría en la Sentencia C-111 de 2019 la necesidad de que el artículo 23 de la Convención sea interpretado de manera coherente y sistemática con la Constitución de 1991 y los demás tratados internacionales de derechos humanos. Se destaca entonces:

> 26.1. El artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente con la Constitución. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución y con la jurisprudencia de esta Corte, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia conforman el bloque de constitucionalidad. Esta Corte ha señalado que del artículo 93 no se desprende que los tratados internacionales tengan un rango supraconstitucional. Por el contrario, todas las normas que integran el bloque tienen igual jerarquía y deben por lo tanto, interpretarse armónicamente. A juicio de esta Corte, los demandantes en el caso sub examine omiten interpretar el artículo 23 de la CADH de manera armónica con la Constitución y pretenden, por el contrario, otorgarle un rango supraconstitucional. Ocurre que la competencia de la PGN para investigar y sancionar servidores públicos de elección popular tiene origen constitucional pues está atribuida directamente por el artículo

el demandante tampoco fue objeto de reproche en la esfera de lo penal, pues el exalcalde Petro Urrego mantuvo incólume su presunción de inocencia a pesar de las sindicaciones que se le hicieron por la presunta comisión de delitos relacionados con las mismas circunstancias fácticas que sirvieron de sustento a las faltas que se le endilgaron. Razón demás que justifica el análisis y aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso sub examine, a la luz de las posibles fracturas que, como se ha dicho, ha sufrido la estructura del Estado Colombiano, que han permitido que su diseño garantista pueda ser distorsionado para que, en nombre de la legalidad, se desconozcan derechos políticos y se trunque el desarrollo de un mandato local legítimamente constituido." (Consejo de Estado de Colombia, sentencia número interno 1131-2014)

> 277 de la Carta Política. Es más, la Constitución prevé que otras autoridades tanto administrativas como judiciales –distintas al juez penal– tienen la competencia para limitar derechos políticos. Así, para la Sala Plena una lectura armónica del artículo 23 de la CADH con la Constitución Política permite concluir que no solo el juez penal tiene la competencia para limitar los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, sino que también lo pueden hacer autoridades administrativas y judiciales, siempre que se respeten las garantías al debido proceso del artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH. Lo anterior resulta además coherente con las demás disposiciones de la CADH. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111 de 2019)

Del mismo modo, una interpretación sistemática del artículo 23.2 de la Convención con otras normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad lleva a concluir a la CCC:

> Lo cierto es que además de la CADH, existen otras normas internacionales suscritas por Colombia que sirven de parámetro para regular las competencias de la PGN en el ejercicio de control disciplinario. En particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción. Según la jurisprudencia de esta Corte, de ambas convenciones se desprende el derecho de los Estados de establecer decisiones disciplinarias que puedan incidir en el ejercicio de los derechos políticos de los servidores de elección popular. En esos términos, el bloque de constitucionalidad, en su conjunto, consagra la posibilidad de que una autoridad administrativa –como lo es la PGN– inhabilite o destituya a un funcionario público de elección popular siempre que se respeten las garantías establecidas en los artículos 29 de la Constitución y 8 de la CADH.
>
> 26.4. En síntesis, una interpretación sistemática de las normas constitucionales con los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad permite que una autoridad administrativa pueda eventualmente restringir derechos políticos siempre y cuando se respeten las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución y el 8.1 de la CADH. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111 de 2019)

Con posterioridad, la CCC reiterará la diferencia entre enunciado normativo y norma jurídica para explicar el sentido de la interpretación constitucional y cómo las técnicas de interpretación constitucional permiten otorgar determinado significado a un enunciado normativo del cual subyace la norma constitucional,[141] dándose una superación de la teoría de los llamados casos

[141] Indicara la CCC sobre la diferencia: "Esta Corporación ha aceptado la distinción entre disposición o enunciados jurídicos y normas jurídicas. En tal sentido, una disposición

fáciles y difíciles como supuestos que hacen o no necesaria la interpretación de los jueces. Esto explica cómo en el caso de la restricción de derechos políticos por parte de autoridades administrativas los enunciados normativos resultan ser coincidentes entre los ejercicios interpretativos de la CCC y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el resultado de la interpretación dista uno del otro. A su vez, la CCC identifica que en la interpretación de los textos normativos —constitucionales e infraconstitucionales— es esta quien define, en última medida, el significado normativo de las múltiples opciones de significado. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-325 de 2021).

Ahora bien, dentro de las sentencias dominantes por parte de la CCC se presentan incluso diferencias interpretativas entre los miembros de la Corporación. Por ejemplo, en la Sentencia SU-712 de 2013 la posición mayoritaria contempla que las medidas de restricción de derechos políticos resultan proporcionales, en tanto contemplan un fin consagrado por el constituyente y permiten la posibilidad de ser recurridas en sede judicial. No obstante, para el magistrado Vargas Silva dichas medidas no son proporcionales, en tanto una autoridad administrativa no puede despojar de sus funciones a funcionarios públicos elegidos de manera democrática. Asimismo, se presentarán diferencias interpretativas, en tanto la mayoría acogería una interpretación literal del artículo 277, mientras que la disidencia acogería una visión sistemática de la misma, generando resultados interpretativos diferentes.[142]

---

o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada. De esta manera, se refiere a los artículos, numerales o incisos. Aquellos también se encuentran en fragmentos más pequeños de un texto legal, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. Por su parte, las normas no son los textos legales sino su significado. Aquel solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos." (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-325 de 2021)

142 En el salvamento de voto del magistrado Vargas Silva se explica: "El Constituyente previó explícitamente que la función de vigilancia comprende a los funcionarios de elección popular, pero no efectuó la misma aclaración en relación con el poder disciplinario preferente. Por ello, la literalidad del texto no lleva a una conclusión evidente sobre su alcance, como lo asumió la mayoría. En efecto, frente a la supuestamente obvia interpretación literal, cabría preguntarse por qué el constituyente decidió dividir en diversos enunciados esa disposición, y esa pregunta se debería responder a partir de dos herramientas centrales de la interpretación jurídica. El propósito perseguido por el constituyente y el efecto útil de los textos jurídicos. El primer criterio llevaría a sostener que si el Constituyente solo utilizó la expresión *vigilar* frente a funcionarios públicos es porque así lo consideró pertinente. El segundo, nos obliga a preferir la interpretación que le confiera eficacia a las palabras y a las construcciones gramaticales empleadas por el autor del texto normativo. La interpretación literal y obvia, una vez confrontada con una lectura pausada de la disposición

Con todo, incluso con anterioridad a la expedición de la sentencia Petro Urrego vs. Colombia, dentro de la jurisprudencia de la CCC se daría la discusión respecto de la aplicación de la regla convencional del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Se acogió la posición interpretativa más invasiva del principio democrático y de separación de poderes, el principio de imparcialidad y el pluralismo político.

En el panorama internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizará la compatibilidad de la Convención Americana de Derechos Humanos con la Constitución Política de 1991, así como con las normas infraconstitucionales que regulan las competencias sancionatorias en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Para la Corte Interamericana, los artículos 277 y 278 de la Constitución colombiana resultan convencionales siempre y cuando se admita una interpretación que entienda que la Procuraduría General de la Nación solo tiene competencias de investigación cuando se trata de funcionarios públicos elegidos democráticamente.

Por esto, el artículo 277 debe ser compatibilizado con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que preceptúa que solo pueden darse restricciones a los derechos políticos de servidores públicos siempre que

constitucional se torna controversial y compleja. Y ello obliga al intérprete a acudir a otros criterios de interpretación, como el proyecto lo propuso, principalmente, al incorporar el conjunto de artículos que configurarían el *principio de responsabilidad,* y darían lugar a una interpretación sistemática de la Carta, que avala la existencia de ese poder disciplinario. (Especialmente, se hace referencia en la sentencia SU-712/13 a los artículos 6º, 122, 123 de la Constitución, principalmente). Con ello se propone que en un Estado de derecho, el ejercicio del poder público debe estar sujeto a controles. Aunque estimo esa premisa es incontrovertible, de ella no se sigue que cualquier tipo de control sea válido en un estado constitucional, donde el principio de legalidad debe estar ligado al respeto por los derechos y principios fundamentales del orden jurídico, interpretados dentro de parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Y en este contexto, una interpretación sistemática debería incorporar el principio democrático, en relación con el respeto por el voto popular, el derecho a elegir y ser elegido y los principios de imparcialidad e independencia exigidos a quienes ejercen funciones disciplinarias.". Del mismo modo se acoge un criterio histórico al señalar: "No debe olvidarse que la Constitución de 1991 es producto de la convergencia de un amplio conjunto de sectores sociales y políticos en la Asamblea Nacional Constituyente (indígenas, afrodescendientes, partidos y movimientos sociales de diversa orientación ideológica), y surge en la coyuntura de un proceso de paz, lo que explica su vocación participativa, pluralista, y garante de los derechos de las minorías. Abrir el sistema político a esa diversidad y perseguir la inclusión de grupos tradicionalmente excluidos de la participación política son los propósitos que explican la especial protección que la Carta confiere a las minorías." (Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-712 de 2013)

medie condena por juez penal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Petro Urrego vs. Colombia). Es por ello que, desde una interpretación literal y teleológica de la Convención Americana de Derechos Humanos, las autoridades administrativas no pueden restringir derechos políticos so pena de incurrir en una vulneración del derecho convencional, en tanto dichas restricciones solo pueden ser dictadas por una autoridad judicial de carácter penal.[143]

Ahora bien, frente a las normas infraconstitucionales como los artículos 44 y 45 de la Ley 734 de 2002, estas sí resultan incompatibles, en tanto el mandato

143 "La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su inconducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores. 97. Esta interpretación literal resulta corroborada si se acude al objeto y fin de la Convención para comprender los alcances del artículo 23.2 del mismo instrumento. La Corte ha afirmado que el objeto y fin de la Convención es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos", así como la consolidación y protección de un ordenamiento democrático. El artículo 23.2 de la Convención corrobora esa finalidad, pues autoriza la posibilidad de establecer regulaciones que permitan la existencia de condiciones para el goce y ejercicio de los derechos políticos. De igual forma lo hace la Declaración Americana en su artículo XXVIII, en el sentido de que reconoce la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio de los derechos políticos cuando estos son "necesarios en una sociedad democrática". Para los mismos efectos, resulta relevante el artículo 32.2 de la Convención en el sentido de que establece que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". 98. La interpretación teleológica permite resaltar que, en las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, debe existir un estricto respeto de las debidas garantías convencionales. La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Petro Urrego vs Colombia)

convencional impone que solo un juez penal puede suspender, inhabilitar o destituir funcionarios públicos elegidos democráticamente. Del mismo modo, señala la Corte Interamericana sobre la incompatibilidad de la Ley 610 de 2000:

> En consecuencia, es necesario que la interpretación y aplicación de las facultades disciplinarias se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la Corte recuerda que la interpretación de las normas que disponen las facultades de la Procuraduría o la Contraloría por parte de la Corte Constitucional, y de las demás autoridades del Estado colombiano, deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención y que han sido reiterados en el presente caso. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Petro Urrego vs. Colombia)

En el presente trabajo, dada la temática a abordar, no se analizarán los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la garantía del debido proceso en la actuación administrativa que restringe derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos democráticamente. Sin embargo, sí hace énfasis el tribunal internacional en cómo el órgano de control no garantiza el principio de imparcialidad de la actuación administrativa, al presentarse una concentración de poder en cabeza de la Procuraduría, dado que esta investiga, instruye y sanciona al funcionario público, contrariando lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención.

Es por ello que el control disciplinario en materia de restricción de derechos políticos de la Procuraduría General de la Nación no solo es inconvencional por lo dispuesto en el artículo 23, sino además por su mismo procedimiento administrativo, dado que vulnera las disposiciones propias del debido proceso. En este sentido, el control de convencionalidad anula las disposiciones de derecho interno a través de técnicas interpretativas propias del derecho internacional de los derechos humanos, integrándose conforme a la noción de bloque de constitucionalidad. (Brewer-Carías, 2017, p. 142).

Como ya se vio, el NCL presenta una fuerte apertura al derecho internacional de los derechos humanos, teniendo como efectos prácticos la equiparación e incluso supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Así, la integración del derecho internacional de los derechos humanos denota una suerte de articulación entre el derecho interno y el derecho internacional, superando las visiones monistas del derecho internacional y acogiendo una visión de complementariedad que permite la amplificación de los derechos de los ciudadanos. (Cabrera, 2014, p. 56).

A pesar de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano y la CCC han sido renuentes a dar aplicación a la juris-

prudencia del alto tribunal internacional, lo que desembocó en la resolución del 25 de noviembre de 2021, donde se indicaría que el Estado colombiano no ha cumplido los compromisos internacionales derivados de la sentencia Petro Urrego vs. Colombia, destacando nuevamente la imposibilidad de la Procuraduría General de la Nación de imponer medidas de destitución, suspensión e inhabilidad de funcionarios públicos elegidos democráticamente, acogiendo nuevamente la interpretación literal del artículo 23.2 de la Convención. Esto denota que no siempre la interpretación literal de las normas es la menos garantista de los derechos de las personas y que, por el contrario, en muchas ocasiones permite garantizar los derechos y evitar la arbitrariedad y discrecionalidad de los jueces.

En esta resolución, la Corte Interamericana recuerda que la potestad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación no es inconvencional *prima facie*, sino que será inconvencional cuando se trata de funcionarios públicos elegidos democráticamente y las sanciones implican una restricción de derechos políticos. Por ello, a pesar de que el Estado colombiano adaptó el procedimiento administrativo sancionatorio al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la posibilidad de que el órgano de control pueda restringir derechos políticos desconoce la jurisprudencia del alto tribunal.

Desde una posición deliberativa que ha buscado generar un diálogo judicial entre las instancias internas y las internacionales, la CCC ha sido renuente a dar aplicación al tenor literal del artículo 23 de la Convención Americana. Empero, la CCC sí ha continuado esgrimiendo un criterio de interpretación sistemático para dar continuidad a las facultades sancionatorias de la Procuraduría, entendiendo la necesidad de adecuación del artículo 23 de la CADH a otras normas internacionales.

Con todo, las reformas propuestas por el Estado colombiano —esto es, la adecuación del ordenamiento disciplinario al principio de jurisdiccionalidad— son incompatibles con la lectura literal del artículo 23 de la CADH como criterio de interpretación acogido por el intérprete auténtico del instrumento internacional, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situación que ha puesto a Colombia en un escenario de incumplimiento ante las disposiciones internacionales.

Podríamos sintetizar las decisiones de los altos tribunales de justicia sobre su ideología, técnicas y resultados respecto de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se convertirá en referente constitucional del ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución o de la noción de bloque de constitucionalidad, de la siguiente manera:

▶ Tanla 22. Interpretación del artículo 23.2 de la CADH

Órgano jurisdiccional	Ideología	Técnica	Resultado
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Originalista	Literal y teleológica	Progresista
Consejo de Estado	Originalista	Literal, teleológica e histórica	Progresista
Corte Constitucional	Constitución viva	Sistemática y teleológica	Regresivo

Fuente: Elaboración propia

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado conservan el sentido original propuesto por la autoridad normativa, apelando a los criterios literalistas, teleológicos e históricos, lo que tiene como resultado la amplificación de los derechos políticos de los ciudadanos. *A contrario sensu*, la CCC aplica una ideología de la Constitución viva, que implica la posibilidad de modificar los sentidos inicialmente previstos por la autoridad normativa, apelando a los criterios sistemáticos y teleológicos, con un resultado mayormente restrictivo de los derechos de los ciudadanos.

Del anterior ejercicio interpretativo se puede señalar que no siempre la ideología de la Constitución viva es aquella que obtiene un resultado interpretativo más progresista o amplificador de los derechos constitucionales. Del mismo modo, la aplicación del método sistemático puede implicar la inexistencia de reglas de preferencia, ya que se busca conciliar de cualquier forma enunciados normativos que *prima facie* son contradictorios. Mientras tanto, la aplicación de los métodos literal, teleológico e histórico sí genera reglas de preferencia de una interpretación sobre otra.

Finalmente, puede observarse cómo en el caso de las decisiones más progresistas se da la aplicación del principio *pro homine* como criterio para dar preferencia a una interpretación sobre otra, criterio que es omitido por la CCC en aras de preservar y guiar su resultado hermenéutico. Por ello, de ser aplicado este criterio, el resultado estaría guiado hacia lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado.

En todo caso, podría plantearse que la noción de poder constituyente llevaría a la defensa irrestricta de la supremacía de la Constitución. No obstante, no se puede olvidar que fue también voluntad del constituyente emplear una cláusula de adaptación del orden jurídico interno al internacional, siempre y cuando este último permita la amplificación de los derechos consagrados inicialmente, como

base ontológica del mismo poder constituyente en cuanto poder emancipador y transformador de la realidad social.

Podemos ver cómo la libertad de escogencia de métodos lleva inexorablemente a decisiones interpretativas de diversa índole, lo que implica una ausencia de límites a la función jurisdiccional y, con ello, la posibilidad de vulneración de los contenidos constitucionales como obra del poder constituyente, lo que puede traer efectos regresivos en materia de derechos.

3.5.- Recapitulación

Revisados los conceptos de ideología, métodos y resultados interpretativos, puede observarse que el constituyente tiene un papel central en asegurar la aplicación de los contenidos constitucionales como obra de su ejercicio soberano. De este modo, el constituyente adopta una ideología propia de la interpretación que se sustenta en la aplicación de determinados métodos interpretativos, los cuales dirigen la ideología del intérprete y se constituyen en verdaderos límites a su función hermenéutica. De la aplicación de los métodos establecidos previamente por el constituyente se obtiene el resultado esperado por el soberano según la ideología de la interpretación adoptada.

De este modo, la ideología adoptada por el constituyente y el establecimiento de métodos de interpretación pueden permitir en menor o mayor medida la creación judicial del derecho por parte de los jueces, convirtiéndose en un valor o en un defecto del sistema según el modelo ideológico adoptado.

Ahora bien, en el NCL el modelo ideológico más acorde será aquel que asegure la voluntad del constituyente a través de su creación normativa. En este sentido, la interpretación originalista es aquella que mejor integra la defensa de la voluntad popular plasmada en el texto constitucional; la idea de cambio constitucional por vías democráticas; el papel del juez como legislador negativo; y la autoridad normativa delegada en cabeza del legislador. Ello se traduce en el modelo que mejor asegura el principio de soberanía popular, el principio democrático y la separación de poderes.

Además de los métodos escogidos por el constituyente, otro factor que determinará la ideología de la interpretación del juez constitucional estará predispuesto por su tipología normativa, siendo más proclives al cambio constitucional por vía informal aquellas constituciones con más principios que reglas. No obstante, la indeterminación de los principios podrá ser controlada a través de reglas de interpretación, guiando el proceso interpretativo del intérprete hacia el resultado querido por el constituyente.

Ahora bien, el modelo colombiano, ausente de métodos interpretativos fijados por el constituyente, ha posibilitado que sea el mismo tribunal constitucional quien haya erigido sus propios métodos de interpretación, denotándose una

ideología dinámica o de la Constitución viva que desemboca en el anarquismo hermenéutico, la falta de predictibilidad de los resultados interpretativos y el cambio informal de las normas constitucionales e infraconstitucionales.

Así las cosas, a pesar de que se haya atribuido a la ideología de la Constitución viva un papel activista de índole progresiva, en la práctica tal tesis no resulta ser cierta debido a los resultados regresivos en materia de derechos. Por esto, en los casos de estudio, tanto en la posibilidad de las consultas populares como mecanismo para la defensa del territorio, como en el plebiscito para la paz y en la restricción de derechos políticos por parte de autoridades administrativas, la CCC escogió los criterios hermenéuticos más restrictivos en materia de derechos políticos y de participación de los ciudadanos.

De este modo, la ideología dinámica no siempre evoca evolución, ya que debido al amplio margen de libertad del intérprete, los resultados interpretativos podrán amplificar los derechos de los ciudadanos, pero también restringirlos. Desde un punto de vista escéptico, la libertad procedimental del intérprete estará guiada hacia un determinado resultado previamente establecido por este.

4.- Límites a la interpretación constitucional en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Un constitucionalismo anclado en la idea legitimadora del ordenamiento jurídico por parte del poder constituyente requiere elementos que impidan la subversión del pueblo como poder soberano y que, por el contrario, establezcan límites a las competencias de los órganos constituidos, entre ellos, los tribunales constitucionales. Es así como en el siguiente capítulo se abordarán algunos límites a la interpretación constitucional expuestos por la doctrina y, a su vez, una propuesta guiada por el establecimiento de cánones, directrices o criterios de interpretación para el intérprete. No obstante, se abordará la reforma constitucional como un límite mismo a la interpretación constitucional, entendiendo este medio como una de las formas en las cuales el intérprete auténtico de la Constitución da sentido al texto constitucional. En todo caso, la propuesta tendrá como sustento teórico algunas ideas del constitucionalismo popular, entendiendo la necesidad de que el pueblo sea integrado como intérprete de la Constitución.

No olvidemos que el tribunal constitucional, en el NCL, es un intérprete sustituto que se encuentra sujeto a los límites establecidos por el constituyente, pero que además puede ser relevado en cualquier momento por el intérprete auténtico, esto es, el pueblo como poder soberano. Por ello, desde una perspectiva interna, el modelo de interpretación en cabeza de los jueces constitucionales se encuentra dirigido por una concepción garantista, tendiente a limitar los escenarios discrecionales de los jueces. Mientras tanto, externamente se buscará controlar el monopolio interpretativo de los jueces, teniendo como sustento algunos postulados del constitucionalismo popular y proponiendo el replanteamiento de la reforma constitucional como institución que permite la integración del pueblo en el desarrollo constitucional.

4.1.- El intérprete de la Constitución en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Mayoritariamente se han establecido dos tesis respecto del sujeto encargado de realizar la interpretación de la Constitución: las tesis en favor de los jueces y las tesis en favor del pueblo o del parlamento. De este modo, la cuestión sobre el intérprete de la Constitución encierra la discusión en torno a la objeción demo-

crática del control de constitucionalidad. Las tesis que privilegian al juez como intérprete de la Constitución se acercan a un modelo de democracia sustancial, mientras que aquellas que defienden el papel del pueblo como intérprete auténtico se aproximan a un modelo de democracia procedimental.

En todo caso, los desacuerdos en torno al intérprete de la Constitución conllevan en sí mismos un problema de autoridad, en tanto una teoría de la autoridad deberá establecer previamente el encargado de decidir determinados asuntos según la competencia entregada por el soberano (Gaviria, 2017, pp. 108-114). Lejos se está de superar el clásico debate entre Kelsen y Schmitt sobre quién debe ser el intérprete de la Constitución (Doncel & Camisón, 2011, p. 129), más aún cuando en un modelo como el del NCL se encuentran elementos que, *prima facie*, parecerían contradictorios, como la apuesta por la garantía jurisdiccional de la Constitución y, a su vez, elementos que buscan un mayor componente democrático del ordenamiento jurídico.

En primer término, una interpretación a favor de los jueces como intérpretes auténticos de la Constitución se sustenta en: (1) el carácter imparcial y especializado de su función; (2) el carácter falible de los procedimientos democráticos y la limitación a la democracia misma; (3) la visión de los jueces como guardianes de la democracia; (4) la garantía de los derechos consagrados en los textos constitucionales; (5) la garantía de una interpretación moral adecuada del texto constitucional; y (6) la garantía de la democracia constitucional y el límite a los demás poderes públicos. (Carrillo & Carrillo, 2021, pp. 25-26).

Por otra parte, las tesis en favor del pueblo o del parlamento buscan conectar la interpretación de la Constitución con el poder soberano y revalidar la democracia en el constitucionalismo moderno. De esta forma, se tienen como principales argumentos a favor del pueblo: (1) la propuesta de una interpretación política de la Constitución que permita que el pueblo resuelva los problemas que surjan de su creación a través de ejercicios democráticos; (2) la oposición a la supremacía judicial que opaca el papel del pueblo como poder soberano; (3) la propuesta de un constitucionalismo débil que promueva mayores niveles de participación política; (4) la defensa de la supremacía parlamentaria; (5) la renuncia al autogobierno por parte del pueblo, apostando a fórmulas aristocráticas que evitan los ejercicios democráticos; y (6) la necesidad de brindar mayores niveles de participación democrática en la toma de decisiones (Carrillo & Carrillo, 2021, pp. 26-28).

El caso colombiano está guiado en mayor medida hacia un modelo de justicia constitucional anclado en la supremacía judicial sobre la supremacía legislativa, siendo la CCC el intérprete definitivo de las disposiciones y enunciados normativos constitucionales, aunque mediante una interpretación jurídica

y no política de la Constitución (Carrillo & Carrillo, 2021). Es así como la existencia de límites a la interpretación permite que se den criterios objetivos con una connotación correctiva que imposibilita una postura escéptica sobre la hermenéutica constitucional. Véase cómo, cuando el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria al texto político, tiene como referente un criterio externo y objetivo (Benítez, 2014, p. 31).

Bien indica Gaviria (2017, pp. 114-116) que los procedimientos más democráticos para la toma de decisiones colectivas resultan ser el momento de creación constitucional, el momento de reforma y los momentos de precisión de los derechos constitucionales. Es claro que el control de constitucionalidad es importante para la defensa de la Constitución y de los derechos que en ella se plasman; sin embargo, lo que no puede aceptarse es que este tenga siempre la última palabra en el ámbito constitucional.

Un modelo de interpretación acorde con el NCL y su defensa del poder constituyente como autoridad legitimadora del orden jurídico hace necesario, como ya se mencionó, adoptar un modelo donde el juez constitucional actúe como intérprete auténtico sustituto. Esto es, como un verdadero órgano que define los sentidos de la Constitución de manera transitoria hasta tanto el pueblo no adopte otro significado, pero además cuya interpretación está guiada ontológicamente por la noción de poder constituyente. Esto implica que el juez constitucional tenga límites al momento de interpretar la Constitución, ya que no se trata de un intérprete primario u originario.

Con todo, la decisión del tribunal constitucional deberá estar guiada única y exclusivamente a satisfacer la voluntad soberana plasmada en el texto constitucional, tratándose de una función que excluiría cualquier ejercicio interpretativo que pudiese mutar, modificar, sustituir o alterar los sentidos inicialmente previstos por el constituyente.

De este modo, la noción de intérprete auténtico sustituto conlleva que este modelo, en el NCL, prevea límites externos e internos a la interpretación constitucional realizada por los tribunales constitucionales. Por ello, aun cuando la noción misma de poder constituyente encierre ontológicamente límites a la actividad interpretativa de los tribunales constitucionales, es menester que el poder soberano establezca límites ideológicos y metodológicos que guíen al intérprete sustituto.

Del mismo modo, al tratarse de un intérprete sustituto, el poder constituyente deberá tener opciones y posibilidades de retomar su capacidad interpretativa de la Constitución en cualquier momento, con el fin de definir el sentido que quiera dar a determinado enunciado normativo. Por esto, el NCL deberá incorporar elementos estructurales de la Constitución para dotar de mayores

márgenes de legitimidad democrática a las decisiones judiciales, pero también elementos internos al procedimiento o actividad interpretativa.

La idea de generar controles a la interpretación constitucional partirá de elementos internos propios de la decisión judicial y de elementos externos a estos, con el fin de garantizar el principio de soberanía popular.

4.2.- Límites a la interpretación constitucional: una apuesta teórica

A continuación, se abordarán algunas tesis de índole académica que han intentado establecer límites al ejercicio de interpretación constitucional. Se resaltará que, en todo caso, se trata de límites explícitos, por ser parte del mismo texto, y de límites implícitos o tácitos que, paradójicamente, se construyen a partir de la interpretación constitucional. En algunos casos, además, se han tomado elementos extrajurídicos para su fundamentación. Así las cosas, se explorarán las tesis planteadas por Balaguer (2022), Quiroga (1985), Carpizo (2009), Canosa (2022), Franco (2017) y Storini (2021), en aras de encontrar elementos comunes que permitan delinear una tesis sobre los límites a la interpretación de la Constitución.

4.2.1.- Límites funcionales y de competencia a la interpretación constitucional: Balaguer

Para Balaguer (2022, p. 175), se hace necesario establecer límites a la función judicial, en tanto en múltiples ocasiones los jueces pueden actuar por fuera de las normas constitucionales o legales, convirtiendo su decisión en una decisión extrajurídica. De allí que se diferencie la aplicación de la norma de la creación de una nueva norma jurídica, careciendo la creación normativa de legitimación tanto desde un punto de vista funcional como democrático. Por esto, en el Estado constitucional, el sistema de fuentes dispone como primer límite a la Constitución, ya que esta creación define las formas y reglas de creación de las normas jurídicas y, a su vez, dispone la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales.

Bajo este panorama, Balaguer (2022, pp. 177-179) dispone que los jueces no pueden crear derecho, ya que la misma Constitución señala las formas de creación normativa, más aún cuando se trata de cambios constitucionales. A su vez, la Constitución establece una serie de límites a la interpretación judicial. De este modo, los jueces se encuentran vinculados al derecho como límite a su función jurisdiccional, manteniéndose la actividad interpretativa dentro de los márgenes propios del sistema de fuentes.

Para la autora pueden establecerse cuatro mecanismos para limitar la actividad interpretativa de los jueces. En primer lugar, los jueces y los tribunales constitucionales no pueden pasar por alto el texto constitucional que incorpora la norma jurídica. Por ello, no podrán obtener un resultado interpretativo con-

trario al tenor explícito del enunciado normativo. Ahora bien, lo que sí podrán realizar será una interpretación del enunciado conforme al contexto en que se aplica.

En segundo lugar, se encuentra la necesidad de motivar la decisión judicial como presupuesto que dota de racionalidad a la providencia judicial, siendo un límite directo a la arbitrariedad judicial.

En tercer lugar, se plantea la inhibición del juez ante una ausencia de regulación frente a un caso específico, siendo competencia de la autoridad normativa definir su regulación. En este punto se hace una especial diferenciación entre aplicación y creación normativa, decantándose por un criterio de autoridad y competencia para la creación de las normas que impida que el juez caiga en mutaciones constitucionales o cambios implícitos de la Constitución.

Finalmente, como cuarto mecanismo, se establece la necesidad de adoptar una ideología de la interpretación originalista, en tanto señala que, *a contrario sensu*, las ideologías activistas o dinámicas promueven la eliminación de las diferencias que pudiesen surgir entre aplicación y creación judicial.

4.2.2.- Límites a la interpretación desde el cambio constitucional: Quiroga

Quiroga (1985) parte de la idea de que una Constitución es un catálogo de enunciados normativos que no ofrecen verdaderas reglas ni respuestas a situaciones concretas. De este modo, el constituyente estableció una serie de puntos de apoyo para la toma de decisiones judiciales en casos concretos. Por lo tanto, para el autor es imposible trasladar la voluntad de la autoridad normativa a un caso particular:

> Donde no se ha buscado lo inequívoco, no se puede extraer la voluntad real, sino en todo caso una voluntad presumida o ficticia, sin que por encima de estos límites puedan valer de algo cualesquiera fórmulas de conveniencia como, por ejemplo, la del sometimiento reflexivo del interprete (denkender gehorsam). Considerar la averiguación de la pretendida voluntad objetiva de la Constitución o la subjetiva del constituyente como meta de interpretación, significa, por tanto, querer acometer la consecución de algo que no tiene una preexistencia real y con ello malograr la problemática de la interpretación de la Constitución ya desde el principio. La interpretación solo puede ser modo relativo de ejecución y no puede ser por entero una subfunción. Debe, ante todo, partir de que su meta no tiene una existencia real y previa. (p. 330)

Desde esta perspectiva, la interpretación es un procedimiento de determinación y concretización de los enunciados normativos constitucionales conforme a la realidad social, desembocando en un carácter creador de la función jurisdiccional. A pesar de que el autor expone su teoría desde una ideología de la

interpretación dinámica, explica a su vez que la interpretación constitucional se sujeta a límites. Entre ellos pueden anotarse como límites intrasistémicos:

> (…) los límites de la interpretación constitucional se encuentran allí donde no existe ningún mandato obligatorio de la Constitución, donde terminan las posibilidades de una compresión plena de sentido del texto de la norma o donde una solución entraría en clara contradicción con dicho texto. (Quiroga, 1985, p. 338)

Del mismo modo, el intérprete se encuentra limitado por mandatos propios del derecho constitucional no escrito. Por esto, a pesar de que para el autor una ideología de la interpretación dinámica permite la evolución de la Constitución a través de la interpretación, en ningún caso se podrá dar una ruptura constitucional por vías de cambios informales, ya que en ese evento se vulnera de manera flagrante la Constitución, contrariando el derecho vigente. Por eso, el texto de la Constitución representa un límite a los resultados interpretativos a los que pueda llegar el juez en un ejercicio hermenéutico, delimitando los resultados de la actividad interpretativa (Quiroga, 1985, pp. 338-339).

Ahora bien, que la interpretación sea un proceso de determinación de la norma implica que no solo los jueces puedan determinarla, sino que otros órganos también puedan realizar tal actividad (Quiroga, 1985, p. 342). Por esto, desde un punto de vista jurídico-funcional, el legislador interfiere en el proceso de determinación de la norma, gozando de una presunción de constitucionalidad por ser sus normas creaciones fruto del procedimiento democrático. Así las cosas, al juez constitucional le está vedado sumergirse en las competencias del legislador, evitando la ruptura del principio democrático y de separación de poderes.

4.2.3.- Límites a la interpretación desde la fórmula política: Canosa

Canosa (2022, p. 66) señala que la interpretación de la Constitución es una actividad dirigida a satisfacer los rasgos esenciales de la fórmula política adoptada por el constituyente. Es por esto que cada fórmula política establece elementos esenciales y definitorios para el Estado, los cuales el juez constitucional debe desentrañar con el fin de propugnar por la mejor interpretación posible.

De este modo, la fórmula política encierra unos presupuestos ideológicos, estructurales y materiales que se integran a los demás enunciados constitucionales para fungir como verdaderos cánones de interpretación (Canosa, 2022, p. 66). Por ello, para Canosa (2022), es la fórmula política aquella que da eficacia a la Constitución, sirviendo como parámetro de validez no solo de las normas infraconstitucionales, sino además de los resultados interpretativos a los que llega el juez constitucional, limitando al operador jurídico a adoptar aquella decisión o resultado más acorde con los principios intrínsecos de la fórmula política. Al respecto:

> Y no olvidemos que la interpretación conforme a la Constitución que se ha convertido en un modus operandi generalizado de los supremos interpretes tiene que consistir en una interpretación conforme a los principios; es decir, de conformidad con la fórmula política. Solo hallando está en cada orden constitucional estaremos en condiciones de dar coherencia material y seguridad a la tarea interpretativa. En síntesis, la legitimidad y la legitimación de la interpretación dependerá de su conexión con la formula política. (Canosa, 2022, p. 67)

En todo caso, el autor hace énfasis en que la ausencia de métodos de interpretación puede conllevar a que los tribunales constitucionales alteren, modifiquen y subviertan los contenidos y enunciados constitucionales, teniendo como excusa la actualización de los preceptos constitucionales a las dinámicas sociales, bajo una ideología evolutiva de la interpretación (Canosa, 2022, pp. 95-96). Esto puede implicar que la usurpación de funciones por parte de los tribunales constitucionales convierta en inactiva la Constitución como obra del poder constituyente, transformando al juez constitucional en un creador de derecho a través de la usurpación de competencias normativas propias del constituyente. Por eso se propone el autocontrol o *self-restraint* como un mecanismo propio para limitar las competencias de los jueces constitucionales.

4.2.4.- Los límites estructurales a la interpretación: Carpizo

Los tribunales constitucionales tienen como límites, al igual que los órganos revisores constituidos: (1) la competencia otorgada por el mismo constituyente para el control de constitucionalidad de los actos y leyes, en tanto se trata de un poder constituido; (2) las cláusulas pétreas; y (3) el acatamiento a la Constitución material (Carpizo, 2009, p. 66).

Sobre los controles a los tribunales constitucionales, señala Carpizo (2009, pp. 60-76) que los mismos diseños institucionales deben permitir controlar a los tribunales constitucionales tanto respecto de su exacerbado poder como frente a la intromisión de otros poderes. Sin embargo, también pueden darse controles metaconstitucionales. Sobre los primeros se indica que el tribunal constitucional puede verse sometido a controles de tribunales supranacionales y de la opinión pública. Mientras tanto, existen otros controles que puede disponer la misma Constitución, esto es, se puede establecer el mecanismo de reforma para superar una sentencia del tribunal constitucional o una interpretación, así como la posibilidad de modificar la estructura del propio tribunal constitucional.

Además, se pueden disponer controles por parte de los poderes constituidos, como el juicio de responsabilidad política, donde los integrantes del tribunal responden por las interpretaciones realizadas por fuera del texto constitucional a través de un órgano constituido, pero con mayor legitimidad democrática. Un

segundo caso corresponde al nombramiento de magistrados según la ideología política.

4.2.5.- Los límites desde la noción de poder constituyente: Franco

Franco (2017, p. 9) expone que dentro de los límites a la interpretación constitucional se encuentran: (1) aquellos que definen el alcance del objeto interpretado; (2) el respeto por las condiciones que delimitan la función judicial; (3) los contrapesos orgánicos a la función judicial; y (4) el respeto a la función normativa creativa.

Respecto del alcance del objeto interpretado, se señala que los límites a la interpretación constitucional se encuentran inicialmente en el mismo enunciado normativo, entendiendo que se da un desbordamiento del alcance dado por el constituyente cuando el juez otorga un efecto diferente al propuesto por la autoridad normativa al enunciado normativo, todo ello a partir de una significación lingüística (Franco, 2017, p. 9).

En segunda medida, se tienen como límites aquellas condiciones que derivan de un adecuado ejercicio de la función judicial, lo que permite la garantía del derecho al debido proceso y hace necesaria la motivación y justificación de las decisiones judiciales, tomando razones políticas, axiológicas y jurídicas de la Constitución. Esto permite delimitar procedimentalmente la decisión judicial.

En tercera medida, se propone como límite a la función judicial aquel que proviene del diseño institucional del ejercicio judicial, estableciendo mayorías calificadas o unanimidad de los votos dentro de las decisiones judiciales, obligándose a alcanzar mayores consensos y a evitar yerros en estas. Asimismo, se pregona por criterios de autorrestricción de la decisión judicial (Franco, 2017, p. 10).

Finalmente, se establecen como límites de la función interpretativa aquellas competencias propias de la creación normativa, buscando diferenciar entre la actividad jurisdiccional y la actividad legislativa, evitando que los jueces creen derecho por vías que no son democráticas (Franco, 2017, p. 11).

Ahora bien, bajo ese entendido, Franco (2017) establece que la noción de poder constituyente evoca límites a la interpretación de la Constitución desde cuatro visiones: (1) una visión procedimental; (2) una visión revolucionaria; (3) una visión consuetudinaria; y (4) una visión valorativa.

Procedimentalmente, la noción de poder constituyente entrega una connotación de poder ilimitado, permitiendo que el poder constituyente adopte verdaderas decisiones políticas a través de los mecanismos establecidos para ello. En este sentido, la decisión del poder constituyente es soberana frente a cualquier otro poder, lo que hace que su decisión no pueda ser cuestionada por otro poder. Por ello, esta visión destaca que el poder constituyente puede ade-

cuar el ordenamiento jurídico a las necesidades de determinado momento sin romper la institucionalidad, a través de los mecanismos de creación normativa establecidos por el constituyente. (Franco, 2017, p. 28).

Albert, Nakashidze y Olcay (2022, pp. 15-17) señalan que desde esta visión se refuerza el carácter democrático de la Constitución, inclusive negando cualquier tipo de control judicial a la reforma constitucional propuesta por el poder constituyente. Por esto, las reformas constitucionales son tratadas como un ejercicio de soberanía del poder constituyente que no puede ser limitado por los poderes constituidos, basándose básicamente en dos elementos: (1) los límites propios de la Constitución para reformar determinados asuntos por parte del pueblo como poder soberano o por los poderes constituidos, pudiendo existir constituciones que diferencien la reforma de la Constitución misma; y (2) las reglas de excepción codificadas y no codificadas que permiten que el poder constituyente se fusione con los poderes constituidos y la institucionalidad para modificar la Constitución, lo que exige respetar las reglas propias para el cambio constitucional.

La noción revolucionaria señala que el poder constituyente, por su misma naturaleza omnímoda e ilimitada, no puede estar sometido a ningún tipo de límite o control. Por ello, los mecanismos institucionales de carácter representativo contradicen en sí mismos la esencia del poder constituyente. De este modo, solo el poder constituyente puede fundar un nuevo orden jurídico a través de medios revolucionarios fuera de la institucionalidad. Así las cosas, explica Franco (2017):

> En tanto que su competencia consiste en manifestarse a través del rompimiento del sistema mediante la revolución, el juez constitucional tendría limite permitir o favorecer las evoluciones sustanciales de la carta política, mientras estas no se realicen mediante el quebrantamiento factico de las instituciones. (p. 29)

En tercer lugar, desde el carácter consuetudinario del poder constituyente, que se manifiesta desde un enfoque informal, se permite a los poderes constituidos actualizar la Constitución a través de prácticas interpretativas y de la mutación constitucional. Por ello, será una obligación del juez actualizar la Carta a las necesidades que la comunidad política advierta según los cambios sociales.

Por último, la naturaleza valorativa del poder constituyente pone límites a las decisiones del poder soberano. Así, dichos límites están establecidos por la razón práctica, las normas de derecho internacional y los derechos fundamentales. Estos criterios se convierten entonces en criterios de validez para las decisiones que sean de competencia del poder soberano.

Ahora bien, según la idea que se adopte de poder constituyente, esta replicará en el objeto y los límites a la interpretación constitucional. De este modo, si se

adoptara una visión procedimental del poder constituyente, el juez constitucional no tendría competencia para conocer de la constitucionalidad de actos reformatorios planteados por el constituyente. Véase cómo, en el caso de las consultas populares contra proyectos mineros, aun acogiendo que se trata de una modificación de la Constitución según lo preceptuado por la Sentencia SU-095 de 2018, dicha reforma no podría ser controlada por la CCC. Inclusive, en el caso de las decisiones judiciales desde una perspectiva procedimental del poder constituyente, la interpretación de la Constitución deberá estar dirigida a favorecer el uso de mecanismos democráticos para actualizar la unidad política concretada en un texto político. (Franco, 2017, p. 30).

Desde una visión revolucionaria, los límites a la interpretación del juez constitucional estarán guiados a defender los principios y valores básicos del pacto político inicialmente concretado, estableciendo sendos límites a los cambios constitucionales propuestos tanto por el propio poder constituyente como por los poderes constituidos.

Desde una visión consuetudinaria, se promoverá una interpretación constitucional activista, posibilitando los cambios informales de la Constitución, acogiendo una ideología de la interpretación de carácter dinámico-evolutivo, entendiendo que el poder constituyente necesita de estos mecanismos para actualizar el texto constitucional. Por eso, se antepone la realidad social al carácter normativo de la Constitución.

Finalmente, una visión valorativa impone límites a los cambios normativos, sean tramitados por el constituyente o por los poderes constituidos, siendo las normas de derecho internacional de los derechos humanos y los derechos fundamentales criterios que legitiman o deslegitiman la creación constitucional.

Con todo, lo expuesto por Franco (2017) denota una postura donde los límites a la interpretación resultan ser dúctiles. Según la perspectiva que se acoja, los límites de la interpretación estarán guiados en uno u otro sentido:

> En otras palabras, la noción de poder constituyente que utilice el juez constitucional termina por erigirse en una fuente que modifica el objeto de la interpretación constitucional, y por consiguiente, su propio limite. Así, la elasticidad de ese concepto conlleva que la función de interpretar la Constitución sea igualmente elástica frente a su objeto y límites. (Franco, 2017, p. 29)

4.2.6.- Los límites a la interpretación constitucional desde la teoría de las political questions, el self-restrainty las cláusulas de eternidad

En el mundo anglosajón mayoritariamente se han explorado tres teorías sobre los límites a los tribunales constitucionales: (1) el principio de autocontención, que contiene la omnipotencia estatal y busca proteger los derechos constitucio-

nales; (2) la doctrina de las cláusulas de eternidad, que impide que determinados derechos o artículos constitucionales sean modificados; y (3) la doctrina de las *political questions*.

En primer lugar, la doctrina del *self-restraint* señala que las interpretaciones que realicen los poderes públicos se presumen constitucionales. Por esto, esta doctrina resulta ser un límite a las competencias de cada uno de los poderes públicos, siendo un medio de control recíproco entre estos. De esta forma, implica que los tribunales no participan en política, en tanto los espacios políticos se encuentran predispuestos por los mismos diseños institucionales a otros órganos. Ello implica una autorrestricción de los poderes constituidos para la configuración de la legislación (Portocarrero, 2021, pp. 82-84). No obstante, esta doctrina carece de fuerza vinculante, quedando supeditada al subjetivismo de la labor judicial.

Esta doctrina implica, a su vez, una autolimitación del activismo judicial a partir de la aplicación de las técnicas de interpretación constitucional, impidiendo la usurpación de funciones de otros órganos estatales y fijando como límite la imposibilidad de crear derecho u otras normas constitucionales. No obstante, una doctrina del *self-restraint* en el NCL debe estar dirigida a limitar la interpretación de los jueces constitucionales para evitar la usurpación de las funciones del poder constituyente. En la jurisprudencia constitucional se han utilizado los principios de congruencia, conservación del derecho, interpretación conforme con la Constitución y respeto al pluralismo político, entre otros, como principios de interpretación que promueven la autolimitación.

En segunda medida, las cláusulas de eternidad conllevan que existan enunciados normativos que no son susceptibles de ser modificados por ninguno de los poderes constituidos, constituyéndose en un límite para su interpretación.

En tercer lugar, la doctrina de las *political questions* señala la necesidad de que los tribunales constitucionales se mantengan alejados de una decisión política que ya ha sido tomada. Esto por cuanto: (1) se trata de un poder encomendado a otro órgano; (2) existe carencia de procedimientos judiciales para su enjuiciamiento; (3) se presenta la posibilidad de recurrir a elementos eminentemente políticos para su decisión; (4) la decisión judicial puede implicar la ruptura en las competencias de otro órgano; (5) se puede buscar la refrendación judicial de una decisión política tomada; y (6) se pueden generar decisiones judiciales contradictorias entre sí (Landa, 2003, p. 703). Es entonces como, por sus efectos, el juez también podrá estar limitado por su faceta como legislador negativo, acompañando una visión como la de Häberle (2012, pp. 207-208), en la que a los jueces les está vedado decidir sobre temas eminentemente políticos.

Ahora bien, Portocarrero (2021, pp. 85-86) presenta una distinción entre la teoría de las *political questions* y el *self-restraint* en los siguientes términos: la primera se centra mayormente en aspectos políticos, mientras que la segunda centra su análisis en las competencias de cada uno de los órganos estatales. En este caso, la doctrina de las *political questions* no proporciona un estándar para determinar cuándo se trata de una decisión política o no, quedando a merced del intérprete su aplicación.

Desde un plano que favorezca la legitimidad democrática de las decisiones en torno a los significados de la Constitución, Sieyès (2007, p. 427) muy tempranamente señaló que los tribunales constitucionales deben ser limitados en aras de impedir que estos reformen la Constitución y subviertan las disposiciones positivizadas por el constituyente.

Del mismo modo, Hernández (1993, p. 148) señala que los tribunales constitucionales se encuentran limitados por la estructura y el procedimiento de integración, organización y funcionamiento. Por ello, la idea de un poder constituido sin límites se contrapone a la visión del poder constituyente en manos del pueblo, que considera a este como único poder soberano e ilimitado.

Sagüés (2001, p. 59), por su parte, señala que se pueden dar dos tipos de presupuestos de los tribunales constitucionales. En primer término, aquellos tribunales permisivos de los otros poderes, que en vez de ser un límite a estos terminan por revalidar sus posturas inconstitucionales. Por otro lado, puede darse un tribunal opositor que también impida el buen desarrollo de las competencias constitucionales atribuidas a otros poderes. En este sentido, el juez constitucional debe ser un árbitro que modere las competencias de los poderes públicos a través de las disposiciones constitucionales.

En el ámbito colombiano, Vélez (2020, pp. 161-175) propone como límites a los tribunales constitucionales, con el fin de desarrollar en mayor medida el principio democrático: en primer lugar, el desarrollo de un constitucionalismo popular moderado; en segundo lugar, ubicar a la Corte Constitucional como un órgano autónomo e independiente de los demás poderes públicos; y, en tercer lugar, un nuevo método de elección y nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional. Se caracteriza, entonces, por ser una propuesta que promueve controles externos a la interpretación constitucional.

4.2.7.- Los límites a la interpretación constitucional como cuestión de legitimidad: Storini

Storini (2021) asocia los límites a la interpretación constitucional con la legitimidad de los tribunales constitucionales, exponiendo la necesidad de estipular e individualizar criterios de interpretación que vinculen al intérprete del texto al momento de definir un resultado interpretativo. Es así como se presenta una relación inversamente proporcional entre la legitimidad democrática de los

tribunales constitucionales y el carácter jurídico de sus decisiones; esto es, entre menor legitimidad democrática ostente un tribunal, mayores serán los límites jurídicos a sus decisiones. De esta forma, «la condición jurisdiccional del control de constitucionalidad vendrá, por tanto, a depender de un único elemento: la demostración de la existencia de criterios objeticos de interpretación que vinculen la labor realizada por el tribunal constitucional» (Storini, 2021, pp. 768-769). Esto, a su vez, conlleva que la interpretación constitucional, como pieza incrustada en el control de constitucionalidad, deba ser una actividad limitada por criterios objetivos que condicionen al juez constitucional.

Así las cosas, para la autora los límites a la interpretación vienen predispuestos por la definición misma de hermenéutica jurídica como «el reconocimiento de que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, que se perfecciona tan solo en el procedimiento hermenéutico de concretización que encierra toda decisión de un determinado supuesto factico» (Storini, 2021, p. 776). En todo caso, la actividad interpretativa de índole cognitivista se diferencia de la actividad decisionista en que la primera tiene unos límites metodológicamente impuestos, mientras que la segunda no. Es decir, cualquier ejercicio de interpretación por parte de los tribunales constitucionales requiere límites; de lo contrario, no se trataría propiamente de una actividad interpretativa.

Del mismo modo, es menester ofrecer una distinción entre metodología de métodos y metodología de resultados. En el primero de los casos, «el intérprete determina los resultados conforme la adopción de unos métodos»; mientras que, en el segundo, «se elige la mejor interpretación para así justificar a través de los métodos dicho resultado» (Storini, 2021, p. 777). Es entonces como los límites a la interpretación constitucional vienen predispuestos por una metodología propia que regule la actividad interpretativa llevada a cabo por el intérprete.

4.2.8.- Un breve corolario de los límites a la interpretación constitucional

Como vimos, los límites a la interpretación constitucional pueden resumirse en aquellos que son propios de la función judicial y aquellos ligados a las competencias atribuidas por el constituyente a los tribunales constitucionales. Por eso, en primer lugar, el lenguaje utilizado por el constituyente es el primer límite que encuentran los tribunales constitucionales al momento de interpretar la Constitución, debiendo seguir sus significaciones ordinarias. En segundo lugar, las competencias atribuidas por el constituyente se erigen como límites infranqueables de la decisión judicial, impidiendo que el juez constitucional asuma una faceta creativa. Sin embargo, es menester que se dispongan límites expresos y específicos a la interpretación judicial de la Constitución, permitiendo conciliar el control de constitucionalidad con el carácter democrático en que se sustenta el ordenamiento jurídico.

4.3.- ¿Un modelo garantista para la interpretación constitucional?

En el primero de los casos se cuestionará el modelo principialista de justicia constitucional, en donde se privilegia el papel de los jueces por razones técnicas de índole elitista. Mientras tanto, un modelo mayormente garantista sustentará la capacidad interpretativa de los jueces en torno a la aplicación subsuntiva de la Constitución, en aras de preservar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. (Gaviria, 2019, p. 170).

En este sentido, un modelo garantista entiende la soberanía popular desde una dimensión negativa y positiva. Negativamente, es entendida como la imposibilidad de que otro poder pueda usurparla de las manos del pueblo. Positivamente, conlleva la idea de que los derechos constitucionales son fragmentos de soberanía que no pueden ser desconocidos por los poderes constituidos (Gaviria, 2019, pp. 170-171). No obstante, a pesar de compartir parcialmente algunas ideas del autor italiano, no se puede perder de vista que este identifica como defecto del neoconstitucionalismo la concentración de la labor interpretativa en cabeza de los jueces, lo que conduce a una supremacía judicial que no consulta la legitimidad de las decisiones de índole constitucional.

Con lo anterior, no se critica de manera absoluta el control de constitucionalidad realizado por los jueces, sino que se pone en evidencia el riesgo que puede representar la ausencia de límites para ello. En todo caso, es importante destacar que una interpretación garantista puede integrar mecanismos de mayor participación democrática que permitan la articulación del pueblo en el desarrollo constitucional. Bien indica Viciano (2015, p. 5) que el NCL toma de las ideas garantistas la necesidad de que las lagunas y dificultades interpretativas sean resueltas vía mecanismos de participación ciudadana, entendiendo que debe existir una sinergia entre el poder constituyente y el poder constituido. Es así como el poder constituido tiene una connotación garantista de los derechos, mientras que el poder constituyente tiene una capacidad dinamizadora y eventualmente puede retomar su capacidad como poder soberano para garantizar los derechos constitucionales previamente estipulados. (Viciano, 2015, p. 7).

Compartimos entonces la necesidad de contar con tribunales constitucionales que permitan la garantía de los derechos, pero asimismo se comparte la desconfianza frente a los métodos de interpretación utilizados por estos, que terminan desconfigurando las garantías de la Constitución e incluso la voluntad popular plasmada en el texto. Ansuátegui (2022, p. 65) explica que una teoría como la de Ferrajoli no critica el control de constitucionalidad, sino los métodos interpretativos y los peligros que puede tener la falta de nitidez del lenguaje jurídico, siendo la Constitución un texto en el que la claridad y especificidad del lenguaje no siempre es un valor.

Del mismo modo, el NCL se define como una superación de la democracia procedimental, buscando la participación del mayor número de personas y contrariando el modelo democrático de la representatividad, con un especial componente emancipador. Con todo, el NCL debe buscar una sinergia entre un modelo de democracia sustancial y procedimental, teniendo como pilares la supremacía de la Constitución, la protección de los derechos fundamentales y la inclusión de una amplia gama de mecanismos de participación ciudadana.

Bajo estos tres pilares se permite delinear las competencias entre el poder constituido y el poder constituyente, o entre el intérprete sustituto y el auténtico. Es deber del intérprete sustituto velar por la integridad del texto constitucional, sirviendo como guardián de la Constitución, pero sin asumir la calidad de constituyente. Mientras tanto, la capacidad interpretativa del poder constituyente es asegurada a partir de una amplia gama de mecanismos de participación popular que permitan redefinir los sentidos de la Constitución de la manera más democrática posible.

No cabe duda de la posibilidad de que un tribunal constitucional como la CCC desborde los límites posibles de la interpretación. Incluso aun cuando existan cláusulas interpretativas, es necesario generar controles externos a la decisión que controlen la labor interpretativa de estos órganos. En todo caso, la propuesta no está dirigida a sustraer el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, sino a integrar al poder constituyente en la faceta interpretativa que llevan a cabo los jueces.

Por ello, la propuesta se acoge a un constitucionalismo popular que acepta los límites propios del control de constitucionalidad, pero rechaza la idea de supremacía judicial en cabeza de los jueces (Segovia, 2013, p. 111). Sea menester exponer que, a pesar de los avances traídos por el NCL, la misma tipología normativa ha sido incapaz de defender y proteger los presupuestos de la ontología del poder constituyente.

En cualquier caso, el modelo de interpretación que aquí se pregona tiene una connotación cognitivista guiada a constatar la voluntad del pueblo en los significados señalados por los tribunales constitucionales (Gaviria, 2019, p. 172). Sin embargo, los controles externos que se propondrán distarán de aquellas concepciones que buscan sustraer del debate democrático las cuestiones morales sobre los derechos a través de la participación ciudadana, relegando a su mínima expresión los elementos populares en aras de favorecer el papel del juez como último intérprete de la Constitución. (Gaviria, 2019, p. 173).

Con todo, aunque se acoja una concepción cognitivista de la interpretación, no deja de ser una realidad que la textura abierta de algunas cláusulas constitucionales implica conflictos ideológicos entre las personas. Por ello, es posible que

no sean solo los jueces los encargados de definir los sentidos de la Constitución, sino que el pueblo tenga capacidad para ello. (Sanín, 2011, p. 96).

Como bien anota Viciano (2022), sin lugar a dudas las cuestiones relativas a la objeción democrática al control de constitucionalidad deben evolucionar y dejar de pensar en la eliminación del control o incluso de los tribunales constitucionales. Por el contrario, deben brindarse propuestas que relegitimen su accionar a partir de controles externos, como los mecanismos de elección de los miembros del tribunal constitucional, los límites a las competencias del tribunal como legislador positivo y el establecimiento de criterios específicos para la interpretación de la Constitución.

4.4.- Controles y límites a los tribunales constitucionales: propuestas a partir de la experiencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

El reconocimiento de la supremacía constitucional se sustenta en la idea del contrato social que crea una Constitución con el fin de establecer una serie de instituciones y garantías de los derechos. No obstante, esta visión considera que la fuerza normativa del texto constitucional deviene de la idea de poder constituyente como suprema autoridad normativa que subordina a los poderes constituidos bajo la idea de soberanía popular. (Gascón & García Figueroa, 2003, pp. 268-269).

De esta forma, la experiencia del NCL ha decantado dos ideologías de la interpretación constitucional. Por una parte, una ideología de la interpretación dinámica o de la Constitución viva, que carece de reglas interpretativas para los jueces constitucionales, propia de los modelos colombiano y venezolano. Por otra, un modelo ideológico originalista-estático de la interpretación en los modelos ecuatoriano y boliviano, cuya finalidad ulterior consiste en legitimar las decisiones de los intérpretes a través del procedimiento hermenéutico, fijando límites expresos a la función interpretativa de los jueces.

Por ello, las constituciones del NCL no solo han buscado legitimar las decisiones judiciales desde un plano externo, ampliando la participación popular en las acciones constitucionales y democratizando los procesos de elección de los magistrados de los tribunales constitucionales, sino que además han buscado dotarlas de legitimidad funcional a través de un método interpretativo que obliga a los jueces constitucionales a su acatamiento (Martínez Dalmau, 2012, p. 641). Lo anterior reconduce la interpretación constitucional a una faceta aplicativa del derecho, limitando el papel de los tribunales constitucionales como órganos creadores de derecho.

Véase cómo Carpizo (2009, p. 50) señala que los métodos de interpretación deben estar dirigidos a alcanzar un determinado resultado interpretativo propuesto por el constituyente. Por eso, se destaca que los métodos de interpretación

son en sí mismos un límite a los tribunales constitucionales, por cuanto estos nunca podrán fungir como poder constituyente o poder revisor de la Constitución. Del mismo modo, no puede perderse de vista que el tribunal constitucional debe atender a los principios y fines últimos del ordenamiento jurídico, como la certeza y seguridad jurídica, siempre respetando las competencias de los demás órganos constituidos y apelando a medios de índole jurídica (Carpizo, 2009, p. 55). En síntesis:

> Mas allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano de poder resultar muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el self- restraint; que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia de las técnicas de interpretación constitucional, que jama pretenda usurpar funciones que la Constitución atribute a otros órganos que siempre tenga presenta que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales. (Carpizo, 2009, p. 56)

Como lo señala Pegoraro (1999, p. 230), es importante que el poder constituyente no deje márgenes amplios para que los intérpretes de la Constitución puedan decidir conforme a la evolución del lenguaje o de la misma sociedad. Del mismo modo, un mayor nivel de autonomía de los jueces implica a su vez mayor libertad en su decisión. Al respecto:

> A medida que va creciendo la autonomía del proceso de decisión, aumenta también el grado de libertad en la selección de los materiales jurídicos que se quiera elaborar, en la valoración de las consecuencias de la sentencia, en los valores que se quiera privilegiar en los test de equilibrio, etc. Específicamente, son los mismos tribunales constitucionales los que individúan los valores—los que deciden por tanto que representa un valor merecedor de tutela— los que les atributen, en un determinado momento histórico, una posición privilegiada respecto a otros, según una interpretación de la realidad que no siempre está en sintonía con aquellas que tienen otros órganos o sujetos políticos, pero que se presume ser conforme a aquellos que exprime la sociedad. (Pegoraro, 1999, p. 232)

De esta forma, las constituciones de Ecuador y Bolivia superaron los modelos interpretativos que daban una apertura del derecho interno al derecho internacional y establecieron verdaderas guías interpretativas para los jueces constitucionales. Así, en el modelo boliviano se determinó que el juez constitucional debe preferir aquel criterio que en mayor medida consulte la voluntad constituyente, acudiendo, más que a un método, a una ideología originalista basada en los métodos históricos y literales de la norma.

No obstante, el modelo boliviano resulta incompleto al no existir reglas de preferencia entre las diversas técnicas o métodos de interpretación, dejando

cierto margen de discrecionalidad al juez para que determine el sentido de las normas constitucionales. (Martínez Dalmau, 2012, p. 642).

Por otra parte, el caso ecuatoriano acogería una guía interpretativa dirigida a que el juez constitucional interprete las normas según su tenor literal, asegurando la vigencia de los enunciados normativos a través de aquel criterio más acorde con la voluntad del constituyente. Sin embargo, como bien anota Martínez Dalmau (2012), no se trata de una lista cerrada de métodos de interpretación, sino más bien de una «apuesta por una metodología de la aplicación destinada a que la interpretación constitucional mantenga los avances introducidos en el texto de la Constitución, como ha ocurrido en el pasado en diferentes contextos histórico» (p. 643).

Por ello, estas guías interpretativas pretenden evitar las mutaciones del texto constitucional como patologías de un sistema que no garantiza la voluntad del constituyente, fijándose unas «directivas» de primer orden cuando se trata de casos denominados fáciles, lo que permite al intérprete apelar al tenor literal del texto y a la integridad de la Constitución. Desde un segundo nivel, cuando se dan casos difíciles, se acude al método histórico y a los resultados hermenéuticos que permitan la vigencia de los derechos.

Así las cosas, la asunción del poder constituyente como autoridad normativa presta atención a la interpretación de la Constitución debido a aquellos resultados hermenéuticos que contradicen la voluntad del constituyente. Por ello, pretende instaurar sus propias significaciones e introducir reglas de interpretación que limiten la discrecionalidad del juez constitucional. De este modo, tiene razón Sagüés (2012) cuando indica que el principio de supremacía constitucional «va depender cada vez más, en definitiva, de cómo se entienda y haga actuar la Constitución; y por eso, procura disciplinar la tarea interpretativa de ella» (p. 184). De esta manera, aquellas decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales que no contemplen el procedimiento hermenéutico señalado por el constituyente carecerán de legitimidad democrática, entendiéndose como «interpretaciones inconstitucionales de la Constitución».

Es entonces como el poder constituyente tiene dos vías para disciplinar y guiar la interpretación del juez constitucional: (1) a través de cláusulas constitucionales directas; y (2) a través de reglas interpretativas de la Constitución.

Respecto de las cláusulas interpretativas directas, estas atribuyen de manera explícita el significado de un enunciado normativo o expresión utilizada por el constituyente, eliminando de tajo cualquier indeterminación del lenguaje. Por ejemplo, la Constitución de Malta, cuya última revisión obedeció al año 2016, trae en sus artículos 47 y 124 múltiples significaciones de expresiones utilizadas por el constituyente a lo largo del texto. Igualmente, los artículos 1, 56D y 257

de la Constitución de Nueva Zelanda establecen significaciones respecto de algunas expresiones, limitando el espectro de discrecionalidad del juez constitucional. En la Constitución australiana se prevén cláusulas interpretativas en el artículo 63, así como en el Estatuto de la Ley de Adopción de Westminster. De esta forma, las cláusulas directas de interpretación ayudan a aclarar los significados de los enunciados normativos, evitando la indeterminación del lenguaje en la actividad interpretativa.

En segundo término, el constituyente podrá establecer reglas constitucionales para interpretar la Constitución, fijando métodos precisos mediante los cuales el intérprete desarrolle su actividad hermenéutica. Dentro de estas pautas encontramos los ya citados modelos ecuatoriano y boliviano. No obstante, como ya se dijo, resultan ser modelos aún muy primitivos, en tanto carecen de reglas de preferencia de primer y segundo orden.

Veamos cómo en el caso ecuatoriano, en un primer nivel, se advierte que el constituyente acoge en la Constitución de 2008 una muy somera regla de preferencia de contenido al establecer los métodos literales y sistemáticos de interpretación. No obstante, cuando existen casos de duda se recurre a otros métodos de interpretación contemplados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ahora bien, habrá que indicar que, frente a los criterios establecidos en dicha ley, estos no gozan de la legitimidad suficiente para guiar la faceta interpretativa del juez constitucional, en tanto resulta un contrasentido que sea un poder constituido el encargado de fijar los derroteros de la Constitución como obra del constituyente.

En todo caso, frente a las reglas de preferencia de contenido de segundo orden se recurre a los criterios de interpretación *pro homine*, interpretación histórica y principios del derecho constitucional; no obstante, no se identifica cuál de estos prevalece sobre el otro (Sagüés, 2012, p. 186), generándose resultados interpretativos diferentes según el método o criterio escogido por el intérprete. Ahora bien, respecto de los principios generales de la interpretación del derecho constitucional, no es posible establecer un listado específico o universalmente aceptado como tal, lo que permite la discrecionalidad del juez en su uso.

En el caso boliviano, el constituyente, a pesar de señalar la aplicación del método literal y la intencionalidad del constituyente, no impide que se empleen otros métodos de interpretación, pudiendo ser aplicados por el juez de manera secundaria. Asimismo, no señala cuál de estos dos debe privilegiarse cuando ambos métodos entreguen resultados diferentes. (Sagüés, 2012, p. 187).

En todo caso, como se dijo anteriormente, el uso de determinados métodos de interpretación conlleva una serie de resultados interpretativos muy diversos según el método utilizado. Por esto, en modelos constitucionales en los que no

se señala una metodología específica (Storini, 2021, p. 778), se hace necesaria la adopción de una decisión previa de origen político, dado el carácter jurisdiccional de la labor judicial. Dicha decisión política deberá ser tomada por el poder constituyente como poder soberano. De este modo, bajo la ontología del NCL, a los poderes constituidos les queda vedada la elección de métodos de interpretación, ya que por su carácter político se estaría suplantando la voluntad soberana, asumiendo en este caso la función de poder constituyente.

4.5.- Elementos que dotan de legitimidad al intérprete sustituto de la Constitución

En todo caso, bajo este análisis se pueden observar tres elementos que permiten definir el grado de legitimidad de las normas constitucionales: legitimidad competencial, legitimidad técnica y legitimidad ideológica.

Desde un punto de vista competencial, se hace necesario que el creador del texto normativo sea quien establezca las reglas interpretativas que guiarán la función del intérprete sustituto, impidiendo que el operador se convierta en creador de estas reglas. Esto se traduce en que el mismo creador del texto constitucional conserva el control sobre el sentido de su obra, dado que la interpretación del operador será la que dará sentido al texto. Por eso, un sistema que permite a los jueces establecer sus propias directivas interpretativas es: (1) un sistema que tolera las mutaciones constitucionales en detrimento de la voluntad popular; (2) un sistema que desconoce la soberanía del poder constituyente como único creador del orden constitucional; y (3) un sistema que no garantiza la supremacía constitucional, dado que las normas constitucionales pueden ser maleables debido a la actividad interpretativa del juez.

Respecto de la legitimidad técnica, una vez establecidas las reglas de interpretación, el constituyente debe establecer de manera precisa las reglas de preferencia entre las pautas de interpretación escogidas, además de excluir de forma directa aquellas que considere que el intérprete no debe emplear. (Sagüés, 2012, pp. 188-189).

Ahora bien, desde un plano ideológico, las técnicas de interpretación y sus reglas de preferencia deben estar guiadas por una ideología propia de la interpretación, guardando coherencia los métodos con la ideología escogida. Puede establecerse una ideología estática-originalista que brinda seguridad jurídica, aunque en apariencia sujeta las generaciones nuevas a las generaciones pasadas; o una ideología dinámica que entiende la Constitución como un texto mutable a las condiciones sociales. (Sagüés, 2012, pp. 190-191).

Sin embargo, la cuestión también puede ser entendida como una ideología estática-originalista que asegura los cambios constitucionales a través de mecanismos formales, o una ideología dinámica que rompe con el principio

democrático y de separación de poderes al permitir a los tribunales crear derecho e incluso constituirse en verdaderos poderes constituyentes.

Ahora bien, en las cláusulas de revisión constitucional, el constituyente opta por someter a los jueces nacionales a interpretar el derecho nacional conforme a los derechos contenidos en instrumentos internacionales y a la propia jurisprudencia internacional, produciéndose una:

> (…) transferencia de responsabilidades interpretativas de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver. En otras palabras, en los temas del caso, dispone que la tarea interpretativa predominante será la que realice el tratado internacional y la autoridad erigida por ese tratado. El recurso a dicho interprete externo concluye aquí, entonces, como una receta interpretativa prevaleciente. (Sagüés, 2012, p. 191)

Un modelo acorde con la ontología y fundamento del NCL concibe a la Constitución ya no desde un aspecto meramente formal, sino además material, en tanto acoge aquella visión que limita los cambios constitucionales por parte de los poderes constituidos. En este sentido, la ideología de la interpretación originalista es la más acorde con estos postulados, básicamente por tres razones: (1) impide que los jueces desconozcan la voluntad del poder constituyente, obstaculizando los cambios constitucionales vía interpretación constitucional; (2) permite que el poder constituyente ostente una capacidad emancipatoria y transformadora de la realidad social al seguir manteniendo las competencias en el cambio constitucional; y (3) permite una articulación del poder constituyente en el desarrollo del texto constitucional.

Bajo este panorama, se hace necesario establecer aquellos métodos que guíen la interpretación del juez hacia un resultado que impida las modificaciones de la Constitución por vías informales y evite las mutaciones constitucionales.

De la misma forma, desde el punto de vista interpretativo, la concepción más cercana al modelo del NCL es aquella conocida como la Constitución testamento, en donde la Carta Política es entendida como:

> (…) un documento fundamental que fija las ideas y las órdenes del constituyente histórico, y que debe ser obedecido y realizo de modo que su ejecución cumpla exactamente con sus intenciones. En resumen, la Constitución es un documento escrito y como tal su sentido no cambia. Lo mismo que significo cunado fue adoptada, significara en la actualidad. (Hakansson, 2009, pp. 61-62)

Y es que la idea de Constitución testamento implica que el intérprete se vea, en primer lugar, limitado por el propio texto de la Constitución, pero además se vea coartado para realizar ejercicios de interpretación con una faceta

eminentemente creativa. Una visión restringida del cambio se articula al concepto material del poder constituyente, entendiendo que solo el pueblo puede introducir cambios a la Constitución democrática.

Como bien indica Tafur (2019, p. 106), las decisiones de los tribunales constitucionales tienen la connotación de providencias que se encuentran por encima de las decisiones de otros poderes políticos. Empero, la connotación misma del Estado democrático exige que todos los poderes se vean sometidos a controles recíprocos de otros poderes. Ello implica que el tribunal constitucional, como órgano controlador, sea sujeto a su vez de controles.

Del mismo modo, un modelo de interpretación restringida no permite a los jueces modificar las normas ni crear nuevos derechos, por el temor de caer en subjetivismos judiciales que puedan desconocer el tenor literal de las normas que se interpretan. Así las cosas, un modelo restrictivo de interpretación constitucional requiere una interpretación que privilegie una ideología originalista, conectada con el pensamiento del constituyente al momento de la creación constitucional. De una u otra manera, este pensamiento concilia el carácter contramayoritario de la justicia constitucional con el modelo democrático propio de una noción fuerte de poder constituyente.

Una interpretación acorde con un modelo teórico como el del NCL requiere una postura restrictiva en materia de interpretación, expresando el significado de la Constitución bajo los cánones previamente establecidos por el constituyente (Tafur, 2019, p. 108). Asimismo, ante los vacíos constitucionales que pudiese tener el texto constitucional, será el pueblo el encargado de desarrollar dichos postulados, situación que en el NCL será posible a través de mecanismos que consulten la voluntad popular.

La interpretación constitucional en los casos difíciles, desde un enfoque positivista, plantea que la Constitución, como cualquier otra norma, aplique un método lógico-subsuntivo que cierre cualquier posibilidad de creación normativa. En todo caso, una ideología originalista de la interpretación requiere que el intérprete tenga un respeto absoluto por la voluntad del poder constituyente plasmada en el texto constitucional. Por ello, el juez deberá tener en cuenta solo postulados neutrales que evoquen la voluntad del órgano creador constitucional.

De este modo, el intérprete debe limitarse al contexto histórico en el que fue creado el texto normativo, evitando cualquier tipo de respuesta interpretativa no contemplada en la Constitución. En el mismo sentido, el juez no posee competencias discrecionales, sino que se encontrará siempre sometido al tenor literal del texto constitucional. Por eso, cuando el juez se aparta del texto constitucional, estará asumiendo funciones de poder constituyente y desconociendo el principio de soberanía popular (Arias, 2013, pp. 257-258). Al respecto podría citarse:

> Ahora bien una interpretación mutativa tampoco puede implicar la reforma de la Constitución al margen del procedimiento de reforma previsto por esta para dicho efecto, primero porque la razón de la existencia de un órgano de control de constitucionalidad justamente está en garantizar la supremacía constitucional, en este sentido si no existiese una frontera entre la reforma e interpretación constitucional implicaría en los hechos la abrogación del proceso de reforma constitucional y con ello la clara diferencia marcada por la rigidez constitucional entre el poder constituyente y los poderes constituidos. (Arias, 2013, p. 261)

De esta forma, la delicada labor del tribunal constitucional como controlador de la Constitución implica que muchas veces los cambios de la Constitución puedan plantearse vía interpretación constitucional. Entre mayor sea el número de actualizaciones mediante la interpretación constitucional, menores serán los cambios por la vía de la reforma, generándose un poder desmedido en el órgano controlador y afectando la democracia junto con los derechos que el constituyente buscó proteger. (Arias, 2013, pp. 263-264).

4.5.1.- La positivización de criterios de interpretación de la Constitución: un sistema propio de interpretación constitucional

La propuesta de interpretación constitucional se encuentra guiada por una teoría normativa que, como indica Wroblewski (1988, pp. 70-71), se presenta como un conjunto ordenado de directivas interpretativas que encauzan la labor hermenéutica del intérprete. De esta forma, una teoría normativa de la interpretación en el NCL se sustenta en un sistema axiológico en clave de poder constituyente, en donde el pueblo es el intérprete auténtico de la Constitución y el tribunal constitucional se trata de un intérprete sustituto que se limita a las directivas constitucionalizadas por el poder constituyente. Con ello se legitiman las decisiones del órgano constituido que reconoce que su poder está limitado por un poder soberano.

De este modo, tomaremos lo expuesto por Chiassoni (2011, pp. 73-74), autor que realiza una caracterización de los modelos de análisis de los razonamientos interpretativos, señalando los siguientes: (1) un modelo argumentativo simple; (2) un modelo argumentativo estructurado; (3) el modelo de las directivas interpretativas; (4) el modelo de las reglas interpretativas; y (5) el modelo de los códigos interpretativos. Los anteriores modelos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

▶ Tabla 23. Modelos de análisis de los razonamientos interpretativos

Modelo de análisis	Características
Argumentativo simple	Se trata de discursos que utilizan argumentos interpretativos. Se trata de esquemas discursivos. Los argumentos interpretativos no tienen jerarquías o criterios de preferencia, pudiendo el intérprete aplicarlos de manera indiscriminada.
Argumentativo estructurado	Al igual que en el modelo simple, la función de los argumentos interpretativos es justificar con posterioridad la decisión judicial. Se tienen dos compartimentos para los argumentos interpretativos: uno para identificar la norma y otro para concretarla.
Directivas interpretativas	En la interpretación se utiliza una serie de directivas que permiten determinar el significado correcto de la norma. Se tienen unas directivas primarias, entendidas como aquellas que indican el modo de atribuir significado a una disposición. También existirán directivas secundarias, que serán procedimentales y de preferencia. Las directivas procedimentales son aquellas que señalan cómo deben ser utilizadas las directivas primarias. En tanto, las de preferencia permiten establecer criterios para determinar el significado correcto del enunciado normativo.
Reglas interpretativas	Los jueces, en sus premisas interpretativas, utilizan argumentos interpretativos: lingüísticos, genéticos, sistemáticos y prácticos generales. Los jueces, en sus ejercicios hermenéuticos, deben utilizar todos los argumentos pertinentes para resolver la cuestión planteada. Después deberán establecerse reglas de preferencia universales que eviten el particularismo interpretativo. Las jerarquías de los argumentos institucionales resultan dadas de la siguiente manera: (1) los argumentos lingüísticos prevalecerán sobre los genéticos y sistemáticos; (2) los argumentos genéticos deberán prevalecer sobre los sistemáticos; y (3) las dos primeras reglas se aplican siempre que no existan otras razones para hacer prevalecer los argumentos genéticos y sistemáticos.
Códigos interpretativos	Los razonamientos interpretativos son utilizados como discursos que emplean directivas hermenéuticas. Se da el establecimiento de directivas hermenéuticas discretas. Se presentan directivas de distinto orden superpuestas unas a otras.

Fuente: Elaboración propia y Chiassoni (2011)

Los métodos de interpretación resultan ser un elemento central de la práctica jurídica, pues constituyen un medio para llegar a determinado resultado. Así se ha indicado:

> Toda disciplina metodológica tiene como cometido proporcionar los indicadores o referencias que marcan el itinerario correcto hacia la meta que respectivamente se pretende. En caso de la metodología de interpretación y aplicación del derecho se trata de mostrar que criterios, referencias y modos de operar asegurar la obtención de una decisión jurídica que puede tenerse por correcta, teniendo en cuenta que en este campo lo correcto se presenta como lo sinónimo de objetivo e imparcial y,

> por tanto, como lo opuesto a arbitrario, subjetivo o tendencioso. (García Amado, 2004, p. 62)

En todo caso, es menester indicar que la opción y propuesta presentada a continuación está guiada por un modelo de interpretación que niega, de manera general, el carácter específico de la interpretación constitucional (Guastini, 2010, pp. 53-58). Es necesario señalar que, en última instancia, una Constitución viene a ser una especie de iuspositivismo reforzado que tiene como cometido la garantía de los derechos constitucionales (Ferrajoli, 2011a, pp. 24-28) y la salvaguarda del sistema democrático (Ferrajoli, 2017, pp. 1-39). No obstante, la interpretación de la Constitución deberá favorecer un sistema democrático de índole participativa, en donde el poder constituyente tenga especial prevalencia en la actividad hermenéutica.

Aun cuando en Latinoamérica autores como Palomino (2008, pp. 345-352), Badeni (2006) y Durán (2020, pp. 345-405) pregonen la idea de la especificidad de la interpretación constitucional, no puede perderse de vista que criterios como los de unidad de la Constitución, corrección funcional o eficacia de la Constitución terminan siendo derivaciones de los criterios tradicionales de interpretación (Vela, 2021, pp. 66-68). Incluso es menester señalar que la especificidad de la interpretación, a partir de una tesis prescriptiva, no tiene sentido, en tanto las constituciones, como las demás normas del ordenamiento jurídico, presentan enunciados tipo regla y principios. A pesar de que el texto constitucional regule relaciones políticas cambiantes, los intérpretes sustitutos no pueden modificar por vías informales la Constitución. Por eso, el principio de rigidez constitucional debe ser morigerado, en tanto las constituciones no están hechas para regir por siempre. (Guastini, 2015, pp. 214-217).

Por ello, una visión fuerte del principio de rigidez constitucional termina por entregar la Constitución a los jueces y reducir la capacidad emancipatoria del poder constituyente a su mínima expresión. Con todo, es claro que en el contexto latinoamericano también se ha hecho eco de una especificidad de la interpretación a raíz de las características de la Constitución, la existencia de un intérprete privilegiado y la necesidad de técnicas especiales de interpretación. (Celis, 2021, p. 1265).

Frente a las características de la Constitución, el argumento se encuentra guiado a defender su particularidad lingüística, normativa y jerárquica, en tanto se trata de una norma que contiene enunciados en un lenguaje abstracto, vago y genérico; además, utiliza diversas tipologías normativas como reglas, principios y valores; y, finalmente, se establece su categoría como norma más importante del ordenamiento jurídico (Celis, 2021, pp. 1267-1274). Del mismo modo, se enuncia como argumento la existencia de un intérprete privilegiado en

el que descansa el funcionamiento del sistema constitucional, como lo son los tribunales constitucionales, y la necesidad de adoptar técnicas de interpretación especiales según la tipología normativa. (Celis, 2021, pp. 1274-1279).

No obstante, dichos argumentos pueden ser debatidos a partir del aumento de cláusulas detalladas o específicas que tiendan a un modelo de reglas y garantías, lo que permite eliminar cualquier vestigio del carácter volitivo de la decisión judicial. Asimismo, un modelo acorde con la ontología del NCL requiere una Constitución detallada, que contemple y establezca un texto constitucional de carácter específico, capaz de indicar de manera clara y precisa los acuerdos de una sociedad. (Enríquez, 2008, pp. 141-142).

Este tipo de Constitución requiere la eliminación de cláusulas abstractas de las cuales el tribunal constitucional pueda valerse para «actualizar» el texto constitucional, haciendo necesario acoger una Constitución reglamentaria, reduciendo la discrecionalidad judicial al momento de interpretar la Constitución y buscando que las decisiones judiciales reflejen en mayor medida y de forma más auténtica la voluntad democrática plasmada en el texto constitucional. (Ferreres, 1997, p. 93).

Así las cosas, no puede perderse de vista que una Constitución plagada de principios jurídicos conlleva un mayor nivel de discrecionalidad judicial en cabeza de los jueces, que en sí mismo apela a métodos de interpretación que buscan la especificidad de la hermenéutica constitucional, pero que, en últimas, reafirman una teoría del poder en cabeza de los jueces, convirtiendo la supremacía de la Constitución en supremacía judicial.

Ahora bien, entendemos que este tipo de modelos reglamentarios de Constitución puede tener críticas de fondo. Entre estas, Enríquez (2008, pp. 188-189) señala:

1. La tiranía del pasado, en donde la legitimidad democrática de la Constitución va perdiendo fuerza con el paso de los años y las nuevas realidades jurídicas, entendiendo que la norma perdería eficacia con el tiempo. En este sentido, señala el autor que la norma debe permitir la mutación constitucional con el fin de evitar la tiranía del pasado.
2. Un segundo argumento estará dirigido a defender las nuevas dimensiones que puede conllevar una libertad constitucional, dejando por fuera nuevas formas de relacionamiento entre las personas. Situación que no ocurre ante la existencia de normas abstractas que permitan la actualización del texto político.
3. En tercera medida, los obstáculos de integración de la Constitución específica terminan por articular el pluralismo de fuerzas e ideologías dentro de una sociedad.

No obstante, el modelo atacado no contempla la clave democrática que encierra el NCL por las siguientes razones. En primer término, porque la legitimidad de la Constitución se sustenta en el proceso democrático que encierra el ejercicio del poder constituyente y solo es legítima porque se trata de una Constitución creada por el pueblo en ejercicio de su poder soberano. En segunda medida, porque desconoce al poder de reforma como un poder con capacidad de actualizar y desarrollar la Constitución por el mismo poder constituyente, entendiendo que la Constitución tiene una capacidad transformadora que no la concibe como un fin en sí misma, sino como una construcción permanente que se alimenta de las realidades sociales a través de mecanismos democráticos.

Es así como el constitucionalismo democrático encuentra que las constituciones son textos inconclusos que se alimentan de procesos democráticos que permiten a las generaciones futuras definir los marcos constitucionales en los que debe desarrollarse la institucionalidad, siendo el poder constituyente un poder fáctico (Médici, 2016, p. 166). En este punto, el elemento democrático juega una especial importancia al entender el dinamismo de la Constitución:

> En este plano inicial de la arquitectónica o dialéctica constitucional, para nosotros el poder constituyente es la capacidad y el derecho de una comunidad política para darse una constitución jurídica. Su carácter fundador o reformador y reconstituyente, en el plano jurídico, depende únicamente de la voluntad popular, que no debe ser limitada por los poderes constituidos. Ello obedece a la apertura temporal de la democracia que deriva en un principio de responsabilidad y solidaridad con las generaciones futuras. Las generaciones presentes no tienen derecho a imponer su marco constitucional a las generaciones futuras. Cada generación tiene derecho a darse su marco constitucional, cada momento histórico relevante de la vida popular puede plasmarse constitucionalmente si existe el consenso activo y verificado para ello. (Médici, 2016, p. 211)

Nótese cómo la ideología de la interpretación también puede estar guiada por la estructura normativa de la Constitución. Serán más rígidas al cambio por parte de los poderes constituidos aquellas constituciones que hagan uso de enunciados más vagos y abiertos (Storini, 2021, p. 785), lo que requiere articular la tipología de los enunciados normativos a una ideología de la interpretación que preserve la voluntad popular. En todo caso, las estructuras normativas de principios y valores, en términos absolutos, permiten que los tribunales constitucionales tengan amplios márgenes de interpretación, llevándolos incluso al plano de la sobreinterpretación. Por esto, el carácter abierto de esta tipología normativa hace necesaria la intervención del juez constitucional para concretar su aplicación a casos concretos (Storini, 2021, p. 795). Al respecto se cita:

> No obstante, en la actividad «concretizadora» del intérprete supremo de la Constitución recaída sobre los conflictos entre poderes, en los que estas variables no influyen o influyen de manera mucho más limitada, en principio, tendría que ser más fácil individualizar unas categorías conceptuales que ayuden a la delimitación competencial y a su configuración como ámbitos de contenido estables y previsibles a merced de la utilización de unas reglas interpretativas basadas sobre parámetros ciertos y aplicados con los procedimientos y las garantías del discurso racional ya que solamente sobre esta base podrá defenderse la legitimidad de aquel órgano que por lo menos en su origen se consideraba como «Defensor de la Constitución. (Storini, 2021, p. 801)

Por otra parte, la crítica al sometimiento de las generaciones futuras por parte de las generaciones pasadas quedará sin sustento bajo una estructura que permita el cambio constitucional de manera flexible por el poder constituyente, pero rígida respecto de los poderes constituidos.

Del mismo modo, la existencia de un intérprete privilegiado queda sin sustento en un modelo que permita la interpretación por parte del pueblo, entendiendo la necesidad de que los tribunales constitucionales sean intérpretes auténticos sustitutos y reiterando nuevamente la necesidad de proscribir los cambios constitucionales a través de la interpretación constitucional. Asimismo, el argumento de la necesidad de adoptar técnicas especiales de interpretación queda sin piso cuando el constituyente entiende la necesidad de garantizar una legitimidad funcional del intérprete sustituto a través de la positivización de criterios de interpretación de la Constitución, reduciendo el ámbito de discrecionalidad del intérprete.

En el modelo de Constitución del NCL, sin lugar a duda deberá apostarse por un sistema de reglas y garantías constitucionales que impidan la discrecionalidad del juez constitucional; un modelo rígido, pero flexible para la reforma, en el que los poderes constituidos no puedan reformar los textos constitucionales, mientras que el pueblo tenga facilidades para ello. Se trata de un sistema fuerte frente a los cambios constitucionales propuestos por los poderes constituidos, pero débil frente al poder constituyente.

Ello implica abandonar el particularismo de las decisiones sustentadas en fórmulas principialísticas que promueven un campo decisional de la interpretación constitucional, imponiendo límites racionales a las decisiones jurídicas tomadas por los jueces y evitando el activismo judicial en detrimento de la expresión de voluntad popular. (Lozada, 2011, pp. 218-222).

A continuación, se presentarán como principales propuestas para una interpretación constitucional limitada y subordinada al poder constituyente unos criterios, directivas o cánones específicos de interpretación que guíen la labor

hermenéutica del intérprete. El primer deber del intérprete sustituto será realizar sus funciones bajo la guía del principio de soberanía popular, constituyéndose en un tribunal constitucional que funge como instrumento del pueblo para la defensa de su soberanía y del carácter democrático de la Constitución.

En todo caso, es menester resaltar la necesidad de que exista una articulación entre ideología y métodos. Cuando se plantea una multiplicidad de criterios de interpretación no se permite definir de manera clara la ideología escogida por el poder soberano para la actividad hermenéutica. Ideología y método deben ir encaminados a perseguir un fin ulterior previsto por el constituyente (Storini, 2021, p. 775), necesitando una coherencia interna entre sí, en tanto los métodos reflejan la ideología del derecho acogida por el creador.

4.5.2.- Directivas o criterios de interpretación primarios para el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Con el fin de permitir un carácter estático de la interpretación constitucional que propenda por la invariabilidad de los significados de los enunciados normativos, deberá establecerse un método explícito de interpretación que evite nuevas posibilidades interpretativas para el juez. Además, podrán preverse límites a las decisiones judiciales, como la supermayoría en el caso de cambio de doctrina jurisprudencial frente a determinado tema, o la imposibilidad de discutir una decisión interpretativa ya adoptada, esto es, mediante un modelo de cosa juzgada relativa, pero limitada en el tiempo.

En primer término, la teoría de la Constitución del NCL requiere directivas interpretativas de primer orden que prescriban el modo en que el operador judicial debe asignar determinado significado a los enunciados normativos constitucionales. Esto es, se trata de escoger los criterios para evitar eventuales resultados interpretativos. Para la ontología del NCL es necesaria la aplicación de directivas lingüísticas que interpreten los enunciados normativos constitucionales según el significado común de las palabras utilizadas, siempre y cuando el constituyente no haya establecido un significado especial para estas. (Chiassoni, 2011, p. 82).

Ahora bien, desde un punto de vista funcional, un modelo interpretativo en clave de poder constituyente debe privilegiar que el intérprete acoja un criterio hermenéutico histórico en donde valore el argumento psicológico, esto es, que busque plasmar la voluntad del creador de la Constitución. De esta forma, se requiere que la interpretación de la Constitución esté alejada de juicios subjetivos por parte del intérprete, que conviertan su actividad en una faceta decisional, y que, por el contrario, la interpretación esté guiada por límites interpretativos claros.

Consecuentemente, las directivas interpretativas primarias tienen una función heurística y posterior, en tanto sirven para descifrar el sentido del enunciado

y para justificar el significado interpretativo adoptado. De cualquier modo, el modelo del NCL requiere la aplicación tanto de un criterio lingüístico o literal como del método histórico, en aras de preservar la voluntad soberana plasmada en el texto constitucional. Estos son los criterios que permiten conservar en mayor medida la voluntad plasmada por el constituyente, promover el cambio constitucional y dirimir los conflictos interpretativos por vías democráticas, en donde el pueblo sea el intérprete auténtico de la Constitución.

Vale entonces indicar que una interpretación limitada de la Constitución debe preferir determinado método de interpretación, eliminando posiciones que buscan la aplicación plural de métodos y que conllevan a la sustracción de cualquier límite. Conforme a esto, bien indica Storini (2021): «El reconocimiento de la indiferenciada utilidad de una multitud de métodos pone al derecho en relación con diferentes exigencias sociales a las que debe dar respuesta y deja necesariamente abierto al interprete un especia de libertad» (p. 775).

Ahora bien, frente a la aplicación de un criterio literal, es menester que este esté guiado a que el intérprete atribuya el significado común de las palabras del enunciado en el momento en que se creó el texto, entendiendo que el texto constitucional es una obra producto de una voluntad histórica (Chiassoni, 2011, p. 92). De este modo, debido al carácter popular de las constituciones del NCL, el uso de un lenguaje técnico debe ser eliminado, en tanto puede constituirse en un mecanismo para el encriptamiento de la Constitución.

Así, el constituyente deberá hacer explícito que la Constitución democrática deberá ser interpretada por el tribunal constitucional conforme al uso común y popular de las palabras, pero sujeto a un momento histórico particular. Es así como el intérprete sustituto debe estar limitado tanto por un contexto lingüístico como por un contexto histórico, entendiendo que solo el intérprete auténtico de la Constitución puede actualizar los enunciados lingüísticos a un momento posterior a la creación constitucional.

En síntesis, una visión lingüística-histórica busca otorgar el significado que el creador quiso expresar en términos lingüísticos. Este es el método más acorde con el principio de soberanía popular y el principio democrático, en tanto encarna la idea de separación de poderes o competencias y, de igual manera, limita los escenarios de creación normativa que corresponden al pueblo (García Amado, 2004, pp. 65-69). Del mismo modo, la aplicación de estos métodos limita psicológicamente la labor del juez, restringiendo su actividad a una faceta cognoscitivista, al entender que se trata de una interpretación guiada a satisfacer los deseos del constituyente y eliminando cualquier carácter creativo de su faceta hermenéutica.

Quiero señalar que un modelo en donde se haga explícito un criterio interpretativo literal-histórico no resulta acontextual. Por el contrario, se trata de un modelo donde predomina el contexto de creación del texto constitucional, evitando con ello mutaciones que puedan degenerar la voluntad popular. Esto evita además que la interpretación constitucional tenga una función sociológica atribuida a otros mecanismos de cambio constitucional, como la reforma, la enmienda o la misma creación constitucional.

Habrá que indicar que el criterio histórico hace un llamado al intérprete para que acoja la voluntad querida por el constituyente. Así, debe hacerse énfasis en que la fuerza del concepto de poder constituyente en el NCL implica entender al creador de la Constitución como una fuente viva, que tiene posibilidad de pronunciarse aun en periodos de calma institucional. Por ello, la interpretación constitucional del intérprete sustituto debe guardar coherencia con la voluntad del constituyente que creó la Constitución, en tanto, si fuese deseo del constituyente actualizar el texto supremo, ya hubiese optado por hacerlo a través de los mecanismos diseñados para ello. Esto permite integrar al constituyente histórico con el constituyente vivo, e incluso una interpretación histórica del tribunal constitucional puede ayudar a promover el cambio constitucional a través de mecanismos formales.

De esta forma, el criterio histórico estará guiado por la necesidad de atribuir el significado del creador del texto constitucional en el momento de creación de la Constitución. Incluso, hace posible que el intérprete consulte la finalidad pretendida por el creador o constituyente histórico. No cabe duda de que este criterio resulta una posición aparentemente conservadora para el intérprete sustituto, pero posibilita una posición progresista respecto del intérprete auténtico, evitando mutaciones en el texto constitucional y permitiendo que sea el mismo creador el encargado de modificar los contenidos constitucionales, maximizando las vías democráticas sobre los medios informales de cambio constitucional.

En todo caso, el establecimiento de métodos de interpretación literal y psicológicos, como lo es el método histórico, cercena de tajo métodos teleológicos que, de una u otra manera, permiten la amplificación o restricción de los efectos de los enunciados normativos (Storini, 2021, p. 772). Por ello, en el NCL se trata de métodos articulados para garantizar la defensa de la voluntad popular como autoridad normativa máxima, pero además deben contemplarse elementos revolucionarios, transformadores, democráticos, rupturistas y emancipadores.

No cabe duda de que el modelo del NCL ha sido consciente de la necesidad de regular de manera explícita y concreta los ámbitos de acción de los poderes públicos y de los ciudadanos mismos. Es así como la Constitución, como man-

dato, establece un amplio articulado que debe estar guiado a la garantía de tales preceptos como voluntad del soberano.

4.5.3.- Directivas de interpretación secundarias

Ahora bien, al hablar de directivas secundarias, Chiassoni (2011, p. 112) señala la existencia de tres tipos: selectivas, procedimentales y preferenciales. Trataré de apoyarme en este tipo de directivas con el fin de constituir un modelo de interpretación acorde con el NCL, en donde se garantice la voluntad popular histórica y presente.

Frente a las directivas selectivas, entendidas como aquellas que indican al intérprete qué directivas o guías primarias debe utilizar, consideramos que es menester aplicar un código plural pero limitado. Esto significa que el intérprete estará supeditado a las directivas o criterios de interpretación primarios de índole lingüística-literal e histórica. De esta forma, al intérprete sustituto, como órgano constituido y limitado, le quedará vedado acoger un criterio de interpretación diferente a estos, so pena de deslegitimar su accionar.

Desde un aspecto procedimental, los criterios de interpretación secundaria estarán guiados a regular el uso de los criterios primarios, aún más cuando el modelo adopta un número plural de criterios de interpretación primaria. En el caso del NCL, el modelo deberá acoger directivas tanto de los criterios lingüísticos como históricos. De esta forma, el criterio procedimental podrá ser ordenador o no ordenador, según se acoja o no un orden en el uso de los criterios primarios. Incluso se habla de directivas o criterios procedimentales preferenciales cuando se incorpora una escala de preferencias entre las directivas interpretativas, pero esta vez desde el resultado interpretativo. (Chiassoni, 2011, pp. 113-114).

En el caso del NCL, considero que se deberán acoger directivas o criterios procedimentales ordenadores, en los que, en primer lugar, se consulte el tenor literal del texto normativo y, en segunda medida, se acuda a la voluntad del sujeto creador. Sin embargo, deberá establecerse un criterio procedimental-preferencial en donde los resultados interpretativos estén guiados a impedir las mutaciones constitucionales por parte de los poderes constituidos y a salvaguardar la integridad de la Constitución. Esto es, a conservar e intentar preservar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, negando bajo una cláusula constitucional la posibilidad de interpretaciones que desconozcan los derechos de participación del pueblo o que avalen ejercicios institucionales que modifiquen la Constitución sin la expresa voluntad popular. Es así como cualquier interpretación que tienda a una supuesta evolución a través del ejercicio hermenéutico de los tribunales constitucionales no podrá ser acogida, lo que

traerá consigo la necesidad de que cualquier cambio constitucional sea tramitado a través de vías democráticas.

En tercer lugar, las directivas preferenciales «establecen, por último, bajo qué condiciones el resultado de las aplicaciones de una directiva primaria, o de un conjunto unitario de directivas primarias, puede, habida cuenta de todo, ser adscrito a una disposición como su significado jurídicamente correcto» (Chiassoni, 2011, p. 114). De esta forma, se encuentran criterios preferenciales negativos y positivos. En los primeros se establecen aquellas condiciones en las que no puede atribuírsele determinado significado a un enunciado normativo y, en los segundos, cuándo frente a un significado se le atribuye una connotación de interpretación correcta. (Chiassoni, 2011, p. 115).

En todo caso, se considera necesaria la existencia de directivas de prioridad que privilegien el significado ordinario de los enunciados normativos sobre aquellos significados técnicos. En segundo lugar, deberá preferirse el significado literal del texto constitucional o, en su defecto, un significado histórico u originalista cuando la letra traicione el propio espíritu del poder constituyente. Asimismo, deberán adoptarse condiciones interpretativas que permitan maximizar los ejercicios de participación ciudadana y la capacidad democrática del pueblo en la toma de decisiones; el respeto por el principio democrático y de separación de poderes, que impida la injerencia de los tribunales constitucionales en asuntos que corresponden a otras ramas del poder; y la restricción de los poderes constituidos al cambio constitucional.

Ahora bien, una directiva de prioridad presuntiva debe preferir aquella que privilegie el uso común de las palabras, teniendo una especial connotación popular, pero además limitando la discrecionalidad judicial. Con ello no se busca una directiva absoluta entre las directivas primarias que guían la labor hermenéutica en el NCL —lingüística e histórica—. Por tanto, el intérprete deberá tener en cuenta aquellos significados que arroje el criterio histórico con el fin de descifrar la voluntad del constituyente. Sin embargo, frente a directivas extrasistémicas, siempre el intérprete deberá acoger el significado literal-histórico, sirviendo esta directiva como elemento de corrección para el intérprete que ha utilizado criterios no explícitos por el constituyente.

Con todo, aunque los criterios de interpretación puedan fungir como directivas, puede existir un margen de valoración en el operador judicial. Dicho margen debe ser cerrado a través de una ideología propia acogida por el poder soberano, es decir, un tercer nivel en el proceso de interpretación. Por ello, el NCL deberá decantarse por una ideología estática u originalista de la interpretación, siendo esta un control, en tanto se trata de una visión cognitivista que revalida la existencia de directivas primarias y secundarias (Chiassoni, 2011,

p. 131), pues los significados a los que llegue el intérprete estarán sujetos a los criterios establecidos por el constituyente.

Es por ello que una ideología originalista es la que guarda una posición de mayor deferencia hacia el poder constituyente, entendiendo que los significados de la Constitución se encuentran en su texto o en la voluntad de su creador (Vela, 2021, p. 72). *A contrario sensu*, una ideología dinámica o evolutiva de la interpretación no tendrá cabida en un modelo como el del NCL, pues una teoría anclada en la legitimidad democrática de la configuración de las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico requiere que estas cuenten con el consentimiento del poder soberano, previendo con ello múltiples mecanismos de participación democrática y flexibilidad para el cambio cuando se trata del pueblo, eliminando de tajo cualquier interpretación creativa.

Es así como el último eje de la interpretación se da con el establecimiento de un código interpretativo que asegure las condiciones de los ejercicios hermenéuticos, designando aquellos criterios obligatorios para el operador jurídico y aquellos prohibidos (Chiassoni, 2011, p. 134). Bajo este panorama, un código estático vincula al intérprete sustituto de la Constitución al acatamiento irrestricto de los criterios de interpretación, garantizando la certeza del derecho y el respeto por la voluntad popular plasmada en el texto. De esta manera, subordina al tribunal constitucional a la Constitución, pero también a la voluntad soberana del poder constituyente.

Un código estático que privilegia los criterios de interpretación lingüísticos e históricos aplicado al NCL conlleva la aplicación de una directiva secundaria pluralista que permite el uso de las siguientes directivas primarias en el criterio lingüístico: (1) la atribución del significado acorde con el uso común de las palabras y las reglas gramaticales básicas en el momento en que el texto constitucional fue creado, lo que permite una garantía de los contenidos constitucionales; y (2) la prohibición de directivas que se alejen del uso ordinario de las palabras y del momento de creación del texto normativo.

Mientras tanto, en el campo del criterio histórico, el intérprete deberá guiarse por los trabajos preparatorios del texto constitucional, teniendo en cuenta: (1) el significado buscado por el creador del texto al momento de creación de la disposición; y (2) el significado a partir del objetivo que pretendía alcanzar el creador al momento de creación de la disposición. Por el contrario, quedarán vedados aquellos criterios que ubican al creador en el momento de aplicación de la disposición constitucional, entendiendo que este criterio podría invadir el ámbito competencial del poder constituyente, bajo el entendido de que este es un poder permanente.

Es entonces como, desde una directiva procedimental, el intérprete deberá utilizar todas las directivas primarias ya enunciadas, en el orden señalado. Como directivas preferenciales negativas que impiden la reducción de la capacidad de decisión del poder constituyente se tendrán: aquellos significados que modifican los contenidos constitucionales; los significados que limitan los ejercicios democráticos; y los significados que implican una capacidad creativa del juez.

Del mismo modo, se hace necesaria la adopción de criterios preferenciales positivos que privilegien la capacidad transformadora y disruptiva del poder constituyente, reafirmen su condición de poder soberano, amplifiquen los mecanismos de participación ciudadana y protejan los derechos constitucionales, entendiendo como correctas aquellas interpretaciones que tengan un mayor nivel emancipatorio respecto de la ciudadanía.

La ideología de la interpretación resulta ser un concepto esencial para garantizar de manera coherente una visión de la función del derecho que se quiere conservar, necesitando de los métodos para limitar el espacio de libertad del intérprete.

Véase cómo la teoría de la Constitución del NCL anula la posibilidad de que los tribunales constitucionales sean creadores de derechos, en tanto estos solo fungen como legisladores negativos o correctores del sistema, mientras que la capacidad creativa solo será predicable de órganos con especial sustento democrático. Incluso en ingenierías constitucionales como la boliviana, en donde los jueces constitucionales son elegidos democráticamente, es de considerar que dicha legitimidad no otorga la facultad de crear derecho. Procedimentalmente, las decisiones del TCPB no gozan de especiales condiciones democráticas, aunque sí permiten que las decisiones anulatorias frente a otros poderes queden investidas de legitimidad, superando la objeción democrática al control de constitucionalidad en su faceta primigenia, es decir, el cuestionamiento sobre cómo un grupo de personas que no han sido electas democráticamente puede anular decisiones de órganos que sí lo han sido.

En definitiva, el NCL requiere una configuración teórica de la interpretación que adecúe el proceso hermenéutico a los fines cognoscitivos perseguidos, esto es, garantizar la legitimidad democrática del ordenamiento jurídico. En síntesis, se puede exponer:

▶ Tabla 24. El procedimiento de interpretación en el NCL

Niveles en el proceso hermenéutico	1.er nivel	2.º nivel	3.er nivel
Criterios o directivas	Primarias	Secundarias	Ideología
Características	Lingüística e histórica	Selectivas: plural y limitado. Procedimentales: ordenadora: (1) lingüístico; (2) histórico. Preferencia al no cambio informal. Preferenciales: preferencia al lenguaje común; preferencia al significado histórico cuando se traiciona el espíritu del constituyente; preferencia a la garantía del principio democrático, la participación ciudadana y los cambios formales; preferencia absoluta por no aplicar directivas primarias extrasistémicas.	Estática u originalista

Fuente: Elaboración propia

En este caso, a partir de lo expuesto por García Amado (2004, pp. 38-52), la interpretación en el NCL resulta ser el resultado de una concepción teórica lingüística e intencionalista. Se trata de una interpretación lingüística en cuanto la actividad hermenéutica está dirigida a desentrañar el componente semántico del enunciado normativo, lo que llevaría a replantear una especificidad de la interpretación constitucional. La doctrina de la especificidad de la interpretación sin límites o cánones previamente predispuestos por el constituyente resulta una tesis favorable al subjetivismo en las decisiones judiciales. (Celis, 2022, p. 763).

De igual manera, se trata de una interpretación intencionalista por cuanto entiende que el texto es un medio que refleja las intenciones del autor, entendiendo que la Constitución finalmente es un mandato proveniente del poder constituyente, reafirmando un criterio de autoridad que legitima el orden jurídico. Bien conocidas han sido las dificultades interpretativas que conlleva la concepción intencionalista para descifrar la voluntad del órgano creador. Por eso, esta deberá ser articulada primeramente a una teoría semántica del texto constitucional, en el entendido de que los enunciados normativos son mensajes y mandatos objetivos emanados de una autoridad.

La interpretación constitucional en el NCL deberá ser una interpretación normativista que se encuentra dirigida a determinar cómo el juez debe interpretar la Constitución para que el resultado refleje la voluntad popular plasmada en el texto, estando el juez constitucional limitado por la misma Constitución.

Con todo, y a pesar de que se tilde de formalista esta propuesta, considero que la idea misma de límites a la interpretación constitucional emitida por el intérprete sustituto evita la creación de normas que cuestionan su legitimidad democrática, e incluso podría eliminar la posibilidad de subversión de la voluntad popular. No cabe duda de que el creacionismo judicial se abastece de la indeterminación del lenguaje para amplificar los poderes y competencias del órgano revisor. Empero, la idea de criterios de interpretación que limitan al intérprete sustituto busca abarcar una legitimidad funcional *a posteriori*, estableciendo controles desde la Constitución a su guardián y fortaleciendo la conexión entre poder constituyente y normativa constitucional. (Martínez Dalmau, 2012, p. 641).

No obstante, la crítica formalista podrá ser superada desde un aspecto subjetivo-histórico en que se desarrollaron los procesos constituyentes latinoamericanos, esto es, la reducción de las brechas de desigualdad de sus ciudadanos, dando una especial prevalencia a los grupos oprimidos.

Ahora bien, estructuralmente será necesario que las normas constitucionales tengan menores niveles de indeterminación que imposibiliten la actualización vía interpretación, guardando coherencia con una ideología originalista de la Constitución en la que el cambio deviene del poder soberano. García Amado (2004) indica: «la conclusión que extraen es que la radical indeterminación del derecho no deja más salida que afirmar la inevitabilidad de la plena libertad juridicial, con su consiguiente carácter político» (p. 57).

4.5.4.- Pautas de preferencia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Como ya vimos, en las constituciones del NCL deberán establecerse en el ordenamiento jurídico los métodos de interpretación que deben guiar la labor interpretativa del juez constitucional, con el fin de proteger la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Así, deberán existir reglas de preferencia que establezcan un orden o jerarquía entre los criterios de interpretación señalados por el constituyente, haciendo prevalecer de forma directa un método de interpretación sobre otro y limitando la discrecionalidad del intérprete. (Gascón & García Figueroa, 2003, p. 201).

Es por ello que al intérprete le quedará vedado establecer preferencias valorativas entre los distintos métodos de interpretación, direccionando los ejercicios hermenéuticos hacia la voluntad designada por el constituyente. Conforme a lo anterior, la determinación de reglas de preferencia sobre los métodos de interpretación adopta una concepción o ideología de la interpretación propia de la autoridad normativa suprema. Por ejemplo, una ideología de naturaleza originalista deberá privilegiar la intencionalidad del creador del texto, esto es, la prevalencia del método histórico sobre las demás técnicas. Sobre la preferen-

cia interpretativa es menester señalar que Castilla (2019, p. 76) entiende que no se trata única y exclusivamente de la aplicación de una u otra norma, sino que, ante la pluralidad de enunciados normativos e interpretaciones aplicables, deberá preferirse una sobre otra.

En este sentido, el criterio de preferencia deberá ser el acogido por el creador o la autoridad suprema del orden jurídico. De este modo, el criterio de preferencia que deberá imperar en el ordenamiento jurídico colombiano, guiado por lo preceptuado por los artículos 1 y 3 de la Constitución, deberá ser aquel que consulte la voluntad del constituyente, así como aquellas interpretaciones que buscan preservar el sentido original de las disposiciones constitucionales. En todo caso, a pesar de que pudiera plantearse que la preferencia por conservar el sentido primigeniamente otorgado a un enunciado normativo por parte del constituyente podría anquilosar la Constitución, se hace necesario contemplar mecanismos de cambio por fuera de las decisiones judiciales, articulando el principio de eficacia de la Constitución con el de soberanía popular.

No obstante, las pautas de preferencia no solo se encuentran guiadas a establecer los criterios de interpretación aplicables para el intérprete, sino que además, una vez se obtienen los resultados interpretativos, el juez debe escoger, de entre las múltiples significaciones, aquella que privilegie el constituyente. Por esto, una vez aplicados los métodos de interpretación estipulados por el constituyente, el intérprete debe preferir aquel resultado que maximice los derechos constitucionales y la defensa del principio democrático. Deberá ser entonces una interpretación guiada a la conservación del derecho por parte de los órganos democráticos, una interpretación que maximice los derechos humanos y una interpretación que amplifique los escenarios democráticos.

Con esto no digo que los métodos que promuevan una interpretación evolutiva de la Constitución sean descartados de tajo. Simplemente considero necesario que dichos criterios cuenten con un especial manto de legitimidad democrática, esto es, que se trate de criterios previamente establecidos por el constituyente, pero sujetos a controles externos por parte del poder soberano.

Algunos autores, como Betancourt (2021, p. 491), indican que la estaticidad de la norma hace que esta agonice, haciendo énfasis en que la Constitución siempre es proclive a ser actualizada por vías democráticas, respetando con ello la autoridad de la norma. Es incluso posible observar cómo los tribunales constitucionales, en aras de preservar la supremacía de su interpretación y con ello arrogarse un papel de poder soberano, limitan los escenarios de participación democrática y de cambio constitucional por parte del pueblo.

4.5.5.- La ponderación como problema de legitimidad

Considero, más allá de los debates, críticas y argumentos en contra de la ponderación, que el problema radica en su legitimidad, en tanto se trata de un método de interpretación extrajurídico que no tiene ningún sustento en el derecho positivo ni en los textos constitucionales. Por ello, a pesar de las dificultades metodológicas que pudieran esgrimirse sobre este, en caso de ser establecido por el constituyente, la decisión del tribunal quedaría investida por un manto de legitimidad, al menos desde un punto de vista procedimental.

Veamos cómo en el caso ecuatoriano la ponderación puede ser objeto de positivización con el fin de dotar de legitimidad al texto constitucional —al menos por el legislador—, siendo una solución para la legitimidad de las decisiones que se tomen a partir de la aplicación de este método. No obstante, con el fin de evitar una anarquía de los tribunales, la ponderación deberá anclarse en un sistema de precedente fuerte con el mismo nivel de legitimidad democrática. De este modo, el precedente además deberá tener controles intraorgánicos que impidan a los tribunales constitucionales caer en el anarquismo, evitando que se trate de un mero asunto de mayorías dentro del tribunal.

Ahora bien, y a tono con lo señalado por López (2015, pp. 64-65), es claro que subsunción y ponderación no resultan ser métodos de interpretación excluyentes; por el contrario, se trataría de métodos complementarios. En realidad, más allá de un problema de método, la ponderación ostenta un problema de legitimidad, ya que no cabe duda de que funge como un método alternativo a la subsunción, siendo este último método privilegiado cuando las condiciones fácticas vienen predispuestas por una regla.

Esto conlleva que el NCL invierta la relación entre principios y reglas, siendo la regla aquel enunciado predominante en el plano fáctico que no puede ser desconocido por el operador jurídico so pena de dar aplicación a un principio jurídico. Y es que la regla en sí misma implica una decisión del constituyente más específica y concreta, que tiene un nivel absoluto de acatamiento por parte del intérprete sustituto. Es por ello que las reglas tendrán una preferencia *prima facie* sobre los principios jurídicos, imposibilitando que el intérprete acuda a estos como medio para desconocer la voluntad popular bajo el argumento de una posible colisión con un principio.

Por otra parte, la ponderación no se puede constituir como un método paralelo a la subsunción, ya que ello traería un margen de total discrecionalidad para el operador judicial, lo que ocasionaría el desconocimiento de la voluntad popular y, además, un déficit de desprotección frente a los derechos y garantías constitucionales. Es por ello que en las constituciones del NCL la subsunción

debe ser el criterio predominante, siendo incluso, como indica Prieto (2008, p. 103), una fase previa a la ponderación.

De cualquier forma, tomando los mismos argumentos de la teoría principialista (Alexy, 2021, pp. 39-42), se indica que las reglas, como mandatos definitivos, no podrían ser aplicadas de manera dispositiva por el intérprete. Por el contrario, frente a los principios el intérprete tendría una sujeción relativa, porque se trata de una voluntad débil del constituyente. Con esto quiero decir que en un modelo que privilegia la voluntad del poder soberano plasmada en la Constitución serán más vinculantes las reglas que los principios. Incluso, el NCL deberá apostar por una voluntad detallada que guíe al intérprete bajo límites claros.

Es así como, en un modelo que aprecie la idea de soberanía popular, la ponderación no es un medio para sustituir la aplicación de una norma constitucional, evitando aquellas posturas que entienden que las reglas siempre tienen razones subyacentes que permiten ejercicios de ponderación ilimitados (Prieto, 2011, p. 238). Es decir, deberán evitarse aquellas posturas extremas que reducen la interpretación de los derechos a meros ejercicios de ponderación que permiten a los jueces eludir la aplicación de reglas constitucionales. (Gascón, 2016, p. 211).

No olvidemos que la labor del juez constitucional, como poder constituido, tiene límites, encontrándose sometido al imperio de la Constitución y convirtiéndose la subsunción en un medio que otorga legitimidad a las decisiones judiciales, en tanto la función de los jueces tenga una naturaleza aplicativa y no una función de balanceo, como pudiera ser la legislativa (Ferrajoli, 2011, p. 50), o incluso la del constituyente en un caso en donde se encuentre en disputa un significado constitucional.

Del mismo modo, el precedente jugaría un papel importante al momento de fijar reglas precisas en caso de conflictos de principios, siendo esta la regla predominante para un caso en que se presente un posterior conflicto, operando la subsunción de la regla previamente impuesta y evitando que el juez constitucional recurra nuevamente a un juicio de ponderación. No obstante, el precedente también ostenta su principal dificultad en su legitimidad externa y funcional. Bien indica García Jaramillo (2011):

> Las reglas resultado de la ponderación elevan entonces una pretensión de aplicabilidad ante casos iguales, por lo cual resulta trascendental que las altas cortes tengan una práctica jurisprudencial medianamente estandarizada siguiendo sus auto-precedentes, pues cada regla va configurando la red que tiene efectos jurídicos como las leyes aprobadas por el Congreso. (p. 1593)

Además, los ejercicios de ponderación deberán tener en cuenta los criterios de interpretación previamente dispuestos por el constituyente. Es decir, estos guia-

rán la decisión a ponderar, teniendo el intérprete que privilegiar aquel resultado ponderativo que más se acerque al tenor literal e histórico de la norma y, a su vez, el que mejor represente una ideología originalista del texto constitucional. Estos criterios deberán articularse con pautas de preferencia que maximicen los derechos de los ciudadanos, los mecanismos de participación democrática, el principio democrático y la separación de poderes.

De igual modo, de las posibilidades que entrega la ponderación, el juez deberá acoger aquella que maximice el principio democrático y el de soberanía popular, constituyéndose en una ponderación en clave emancipatoria y transformadora de la realidad social. Es necesario contar con mecanismos que permitan controlar la discrecionalidad absoluta de los jueces cuando acuden a ejercicios de ponderación, recalcando la necesidad de adoptar una teoría cognitivista de la decisión judicial en donde la labor hermenéutica del intérprete sustituto no deje de tener una especial connotación jurídica. Es decir, el ejercicio de ponderación se desarrolla a partir de una base normativa que entrega un margen de legitimidad tanto externa como funcional al intérprete. (López, 2018, pp. 211-213).

Nuevamente se pone como buen ejemplo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, donde se positivizan los principios de proporcionalidad y ponderación, legitimando el accionar del intérprete. Sin embargo, dichos medios de solución de conflictos operan de manera residual frente a los métodos clásicos de solución de antinomias, lo que conlleva que las reglas tengan una preferencia en este sistema. No obstante, considero que, por la connotación que tienen estos métodos de interpretación y la necesidad de que sea el poder soberano el encargado de guiar los resultados interpretativos de su intérprete sustituto, debe ser la misma Constitución la encargada de contemplar este tipo de métodos.

Una ponderación guiada por criterios o directrices de interpretación fijadas por el constituyente puede terminar siendo un método para fundamentar una colisión entre principios jurídicos, siempre y cuando no exista una regla aplicable al caso específico. La ponderación debe entenderse como un deber jurídico y no como un ejercicio potestativo, sujeto a especiales controles y límites. Se reitera que la ponderación funge como un método complementario y residual de interpretación en el plano constitucional, que además deberá estar guiado por criterios de interpretación claros. (Estrada, 2010, pp. 102-104).

4.5.6.- ¿Precedentes para interpretar o interpretando los precedentes?: resolviendo un problema de legitimidad

Para Da Rosa (2016, pp. 20-21), los precedentes judiciales resultan ser similares a los enunciados normativos propios de la legislación proferidos por una autoridad, pero con la connotación de ser proferidos por una autoridad judicial. Sin

embargo, carecen de posibilidades de interpretación, teniendo una mera función de aplicación de la *ratio decidendi*como elemento vinculante para los jueces de menor jerarquía y para el propio tribunal que emite la decisión.

Respecto de la *ratio decidendi*, la doctrina ha preceptuado tres modelos o perspectivas en que puede ser delineado el concepto: (1) una perspectiva normativista abstracta que funge como regla general; (2) una perspectiva normativista concreta como regla contextualizada a un caso concreto; y (3) una concepción argumentativa que sirve para argumentar la decisión judicial. (Da Rosa, 2016, p. 24).

A pesar de ello, las reglas jurisprudenciales resultan ser reglas incompletas que se pueden ver sometidas a nuevas excepciones cuando se presenten situaciones aparentemente no cobijadas por la regla. Ello permite que los jueces puedan modificar sus precedentes de manera casi ilimitada apelando a la fórmula del *distinguish*. De esta forma, el precedente guarda una intrínseca relación con la interpretación, en tanto la regla jurisprudencial o *ratio decidendi* se justifica en la capacidad que tienen los jueces para resolver problemas de interpretación de los enunciados normativos (Da Rosa, 2016, pp. 33-34). Por eso, los jueces pueden recurrir a sus precedentes o a los de otros jueces para interpretar una regla que pudiera parecer vaga, oscura o indeterminada.

Del mismo modo, Guastini (2014, p. 258) señala que el precedente requiere de un proceso que permita determinar las similitudes entre casos, tomando en cuenta los aspectos relevantes del caso ya decidido y del caso por resolver, debiendo determinar el juez la naturaleza análoga de ambos casos. El profesor de Génova indica que el precedente requiere ser interpretado por otros jueces para decidir casos similares como ejercicio de justificación interna. Esto conlleva que los jueces deban desentrañar la regla jurisprudencial de la decisión anteriormente tomada, que se denominará, como ya hemos dicho, *ratio decidendi*, separando esta regla de los argumentos *obiter dictum* como elementos que no son necesarios para la toma de la decisión. Así, el juez debe realizar un proceso de universalización de la regla jurisprudencial, apelando a «reconducir conjeturalmente una decisión individual bajo una norma general (o universal) que la justifique». (Guastini, 2014, pp. 259-260).

De esta forma, ante la capacidad de variación de las reglas jurisprudenciales, la autoridad judicial tiene en sí misma un poder creativo del derecho, pudiendo sus reglas ser contradictorias con aquellas normas creadas de manera democrática, ya sea por el pueblo o por el parlamento. No obstante, a pesar de que en primera medida la vinculatoriedad del precedente se encuentre anclada en la autoridad del precedente, también se señalará que esta se sustenta en la capacidad de interpretar correctamente el derecho. (Da Rosa, 2016, p. 25).

Sin embargo, más allá de las contradicciones que pudieran darse respecto de la capacidad de creación normativa del derecho por parte de los jueces, es menester enfatizar en la vinculatoriedad de sus decisiones judiciales respecto de la legitimidad democrática que ostenta el precedente judicial dentro del sistema de fuentes.

Por eso, más allá de que el precedente presente problemas en torno a la interpretación o argumentación de las decisiones judiciales y a su faceta creativa del derecho, en el NCL el principal problema deberá centrarse en la legitimidad de su fuerza vinculante respecto de la decisión popular, soberana y constituyente. Es así como la asunción del precedente en Colombia constituye una mutación constitucional, en tanto a partir de la interpretación de la CCC se sustrajo el tribunal constitucional del sistema de fuentes adoptado por el constituyente.

En todo caso, la concepción de fuente del derecho puede ser revisitada desde un plano material y formal. En primer lugar, se habla de un concepto material cuando se revisa el contenido del acto normativo, mientras que desde un sentido formal no se da importancia al contenido del enunciado normativo, sino a la norma que permite la producción jurídica del enunciado. Por ello, el plano formal de las fuentes del derecho reivindica el papel positivo de las normas que regulan la producción jurídica (Guastini, 1999, pp. 81-82), tratándose de un límite más impuesto por el constituyente a los poderes constituidos.

Veamos cómo la noción material de fuente del derecho se circunscribe a todo acto que cree derecho a través de normas generales y abstractas. Al respecto señala Guastini (1999): «En sentido literal, producir normas es la actividad consistente en crear (nuevas) normas jurídicas. En sentido lato, es producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la modificación del derecho existente en un determinado momento» (p. 82). De esta forma, la actividad creativa se da desde tres niveles: (1) la creación propiamente dicha de nuevas normas jurídicas; (2) dejar sin efectos las normas ya existentes; y (3) modificar las normas existentes. En todo caso, desde esta perspectiva, más allá de la forma de producción de la norma jurídica, es fuente del derecho todo contenido de carácter normativo.

Por otra parte, la concepción formal de fuente del derecho se encuentra ligada a aquellos actos autorizados para producir verdaderas normas jurídicas, tratándose de un concepto dogmático positivo, siendo derecho solo aquello que el mismo orden jurídico califica como tal (Guastini, 1999, pp. 85-86). No obstante, no puede perderse de vista que la dinámica misma del control de constitucionalidad y la interpretación de la Constitución ejerce una influencia en la creación normativa, guiando a los órganos creadores de derecho a entender que no existen otras interpretaciones jurídicas posibles. (Kelsen, 2009, p. 130).

Bajo estas dos concepciones, el precedente se vale del concepto material de fuente del derecho para determinar que las reglas jurisprudenciales son verdaderas normas jurídicas. Ello se da tanto en la dimensión negativa del control de constitucionalidad, al anular los enunciados normativos que fuesen inconstitucionales, como en una dimensión positiva, cuando la CCC actúa como un verdadero legislador al modular los efectos de sus sentencias.

Así, en el NCL el sistema de fuentes evoca un ejercicio de soberanía popular en defensa del poder constituyente, previendo la constante activación democrática de la capacidad normativa en cabeza del pueblo (Pazmiño, 2009, p. 31), lo que a su vez negaría de forma tajante aquellas creaciones normativas no acordes con el sistema de fuentes adoptado por el constituyente.

De esta forma, el precedente como fuente del derecho no puede estar concebido para la creación normativa por parte de los jueces constitucionales bajo ejercicios interpretativos con tendencias dinámico-sociológicas. Por el contrario, el precedente debe ser una fuente orientada a brindar seguridad jurídica y garantía de los preceptos constitucionales dispuestos por el constituyente, evitando los aparentes conflictos entre principios jurídicos bajo la idea de eludir los contenidos constitucionales, y a su vez limitar a los jueces al acatamiento de sus precedentes. Por ello, el precedente tendrá una connotación de autocontención de los tribunales constitucionales que impedirá la creación de derechos, restringiendo el ámbito de maniobra de los jueces constitucionales en la toma de decisiones interpretativas.

No se puede olvidar que la sujeción a la justicia constitucional legitima el accionar de los operadores jurídicos, en tanto estos toman decisiones a nombre del pueblo, ya que, al ser la Constitución obra del poder constituyente, los órganos jurisdiccionales son los encargados de aplicar la voluntad popular (Montaña, 2008, p. 196). De esta forma, todo ejercicio creativo significa el desconocimiento mismo de la voluntad popular, al modificarse la creación del poder constituyente. Por eso es menester hablar de una interpretación constitucional limitada a reproducir la voluntad del poder soberano, siendo el precedente una forma de estabilidad en los ejercicios interpretativos llevados a cabo por los poderes constituidos.

Recuérdese, en todo caso, que las directivas interpretativas de primer y segundo orden, como las pautas de preferencia delineadas por el constituyente, en sí mismas evitan los ejercicios de creación jurisprudencial de derechos, siendo el precedente un refuerzo para las posibles desviaciones en que pudiera incurrir el juez constitucional.

En todo caso, autores como Bernal (2005) le han atribuido vinculatoriedad al precedente a través de una fundamentación indirecta. Al respecto:

> Además, la denominación de «subregla» puede llevar a pensar equivocadamente que las normas adscritas son reglas de inferior categoría o reglas implícitas en otras reglas. Esta interpretación es desatinada, porque las normas adscritas, al ser concreciones de las disposiciones constitucionales o legales, tiene rango constitucional o legal, según el caso. De ninguna manera son reglas de inferior jerarquía a la fuente del derecho en la que se encuentra las disposiciones a la que se adscriben.
>
> En todo caso, a pesar de la denominación de subreglas, lo que si resulta meridiano es el reconocimiento que merecen las normas adscritas como normas de la jurisprudencia, cuya pertenencia al sistema jurídico no se basa solo en la autoridad del juez que las fundamenta concretamente, sino sobre todo en el nexo semántico interpretativo que las une a la disposición. (Bernal, 2005, pp. 213-214)

El uso del precedente debe estar dirigido a brindar coherencia al sistema jurídico, ofreciéndose una solución jurídica a un caso futuro. Así, la decisión judicial opera como una regla de aplicación a un caso futuro que evita los cambios informales por parte de los poderes constituidos. (Da Rosa, 2016, p. 34).

Sin lugar a dudas, como en alguna oportunidad de este trabajo se mencionó, el carácter normativo de índole neoconstitucionalista del NCL debilitó la naturaleza normativa de la Constitución a través de la ponderación y el principio de proporcionalidad como fórmulas argumentativas que permiten justificar determinada interpretación. De esta manera, los enunciados normativos constitucionales han intentado ser vistos como pretensiones de índole ética y política que otorgan un papel creativo a los jueces. (Ferrajoli, 2011a, p. 52).

Del mismo modo, la irradiación de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico provocó que el precedente jurisprudencial se consolidara como fuente del derecho en Colombia a través de la interpretación del artículo 230 de la Constitución, revelándose como un ejercicio de autoconcesión de competencias por parte de los jueces constitucionales. En este punto se destaca:

> El precedente constitucional reafirma la posición de la Corte frente al carácter vinculante de la jurisprudencia y su carácter de fuente formal del derecho, como condición indispensable para que la jurisprudencia constituya una realidad que se armoniza con principios como la igualdad, la cosa juzgada, la autonomía judicial, la buena fe y confianza legitima y la coherencia al interior del ordenamiento jurídico. Así, el precedente conlleva a la Constitucionalización del derecho, en la medida en que la presencia del juez en este proceso es ineludible. El precedente constitucional materializa el proceso de Constitucionalización del ordenamiento jurídico y confirma ese papel del juez constitucional, como el único interprete de la Constitución.

El precedente resulta tan vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano, que la acción de tutela procede por desconocimiento del mismo y por violación al principio de igualdad. (García Jaramillo, 2013, p. 26)

No obstante, el constituyente de 1991 no consagró en su sistema de fuentes un carácter vinculante del precedente judicial, en tanto le atribuyó un carácter secundario en el sistema de fuentes, ello por expreso mandato del artículo 230 de la Constitución. En todo caso, la CCC redefinió lo preceptuado por el constituyente, modificando el sistema de fuentes mediante una interpretación que desconoce el tenor literal del artículo 230, bajo la idea de ser el alto tribunal el máximo intérprete y guardián de la Constitución:

> La Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, tiene precisamente atribuciones jurídicas para asegurar que los mandatos de la Carta sean eficaces y prevalezcan en nuestro ordenamiento. Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta. La interpretación de la Constitución,–que por demás permite materializar la voluntad del constituyente-, tiene, por consiguiente, como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292 de 2006)

Bajo la perspectiva jurisprudencial de la CCC, la asunción del precedente como sistema de fuentes vía jurisprudencia e interpretación constitucional refleja una ideología dinámica de la interpretación tendiente a forjar un activismo judicial en cabeza de los jueces constitucionales que, a través de la autoatribución de funciones dentro del sistema jurídico, permite que las decisiones interpretativas de los jueces se conviertan en verdaderos actos constituyentes cuando reflejan ejercicios de creación, mutación o alteración de los significados de la Constitución. (Bernal, 2005, p. 155).

En todo caso, la ausencia de límites a los jueces al momento de interpretar los enunciados constitucionales, así como el carácter vinculante de sus precedentes, posibilitan su asunción como aparente poder soberano, en tanto se trata de un poder que dicta normas, pero sin quedar sometido a las mismas, evocando una suerte de absolutismo judicial. (García Amado, 2009, p. 347).

De una u otra manera, la autodeclarada fuerza normativa del precedente implica una subversión de la voluntad popular y de la misma supremacía de la Constitución, en tanto permite que los jueces reconfiguren las jerarquías normativas dentro del sistema jurídico y equiparen sus decisiones a aquellas emanadas por el poder constituyente. No cabe duda de la importancia del

precedente para garantizar el principio de igualdad, la estabilidad del sistema político, la reducción del margen de discrecionalidad de los jueces y la independencia judicial (Bernal, 2005, p. 218). Sin embargo, el precedente constitucional como fuente del derecho deberá ser legitimado desde dos aspectos centrales: uno eminentemente formal y otro material, que propenda por controlar la producción de normas contrarias a los fines pregonados por este, teniendo como fin ulterior la defensa de la voluntad del poder constituyente plasmada en el texto constitucional.

En este sentido, conviene señalar que el uso del precedente sin reglas claras respecto de su aplicación implica un direccionamiento ilegítimo de la capacidad normativa de los demás órganos de producción, la ruptura del principio democrático y de separación de poderes ante el desvanecimiento de la función judicial respecto de la legislativa e incluso constituyente, la ruptura del principio de soberanía popular debido a la aparente producción de normas constitucionales por parte de los tribunales constitucionales y el carácter ilimitado de estos.

En este sentido, el precedente debe abandonar fórmulas de índole neoconstitucionalista como la ponderación para la modificación de las reglas jurisprudenciales, con el fin de limitar la capacidad del intérprete sustituto en la modificación de las reglas jurisprudenciales aplicables a determinado enunciado normativo (Bernal, 2018, p. 164). Con ello, desde una dimensión cualitativa, si no se eliminaran plenamente las capacidades creativas de los jueces, al menos desde un plano cuantitativo sus capacidades normativas se verían fuertemente reducidas, por cuanto el tribunal constitucional no podrá abandonar de manera fácil una tesis interpretativa adoptada anteriormente. Esto implica generar verdaderos límites a la capacidad interpretativa de los jueces. Por eso, un modelo de reglas limita los ejercicios de ponderación que amplifican los poderes de los jueces en detrimento de la voluntad popular.

Es que, en cualquier caso, la fijación de criterios de interpretación tiene como finalidad limitar la faceta interpretativa del juez constitucional, mientras que el precedente está dirigido a guardar la coherencia de sus decisiones interpretativas.

Por eso, un uso racionalizado del precedente deberá estar guiado a conciliar las objeciones contramayoritarias del juez constitucional, el respeto por la capacidad normativa del legislador e incluso del constituyente, el respeto por el sistema de fuentes del derecho y una visión ideológica guiada al originalismo de la interpretación constitucional. (López, 2006, p. 319).

De esta forma, el precedente debe poseer un conjunto de reglas irrestrictas que limiten la actividad normativa del juez constitucional, constituyéndose en núcleo duro para los jueces. Sin embargo, a su vez, el precedente deberá ser flexibilizado ante la capacidad normativa del pueblo como poder soberano,

eliminando cualquier restricción a las decisiones tomadas por el constituyente a través de su capacidad normativa.

Bajo este panorama, quisiera utilizar el concepto de controles intraorgánicos empleado por Loewenstein (1979, pp. 232-235) como herramientas que permiten controlar el poder de una autoridad desde su interior, siendo controles horizontales a sus competencias constitucionales. De esta forma, consideramos que pueden darse tres controles intraorgánicos que permiten controlar el precedente judicial y sus peligros.

1. **La adopción de mayorías cualificadas para el cambio de precedente jurisprudencial**, evitando que los significados de la Constitución se conviertan en un juego de reglas de mayorías simples, lo que contrariaría cualquier tesis que atribuya una faceta meramente mayoritaria a la labor que realizan los jueces constitucionales. Así las cosas, una vez establecido un precedente judicial, su cambio no puede darse bajo mayorías simples dentro de la Corporación, sino que el constituyente deberá establecer en el texto constitucional un número cualificado para su modificación, reforzando la faceta cognitivista de la interpretación y debilitando su espectro decisional.
2. **El planteamiento de una cuestión política cuando se va a dar el cambio de precedente jurisprudencial**, esto es, una vez establecido el cambio de precedente, el tribunal constitucional deberá consultar al pueblo sobre el cambio, invitándolo para que, si es su deseo, active los mecanismos democráticos implantados por la Constitución para definir los significados de esta, promoviéndose el cambio a través de las vías formales y garantizando el principio de soberanía popular. Así las cosas, el cambio de precedente implica un cambio de significado de la Constitución, promoviéndose desde el tribunal constitucional la existencia de un asunto políticamente discutido y entregándose la posibilidad de que sea el pueblo, como poder soberano, el encargado de definir el asunto en cuestión.
3. **La petrificación temporal del precedente**, esto es, asegurar la vigencia de un precedente y cercenar de tajo la posibilidad de cambios interpretativos durante un periodo determinado, pudiéndose plantear al finalizar el término previsto por el constituyente un cambio en el precedente bajo la segunda regla.

4.5.7.- La supremacía del principio democrático y de separación de poderes: una Constitución para el desarrollo democrático

Sin lugar a dudas, dentro del NCL, con una clara vocación democrática fruto del constitucionalismo democrático que siembra la legitimidad y fuerza normativa de la Constitución en la idea de participación popular en su creación y puesta

en marcha, la interpretación de la Constitución tiene que estar guiada por este postulado ontológico.

Gascón y García Figueroa (2003) han señalado dos concepciones de Constitución. La primera entiende que esta orienta la acción política y tiene la respuesta a todos los conflictos normativos dentro del sistema jurídico, valiéndose de un paradigma centrado en el poder de los jueces que amplifica sus poderes y desborda los límites de sus competencias. Este modelo debe ser repensado. Es por ello que la continuidad de este paradigma conlleva a que el juez constitucional adquiera una función creativa dentro del ordenamiento jurídico, permitiendo la asunción de una ideología dinámica y evolutiva de la interpretación. Al respecto, sobre este modelo, Gascón y García Figueroa (2003) señalarán:

> Y si este modelo puede denominarse también judicialista es porque en el son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el juez constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la Constitución en detrimento de la ley si fuera necesario. (pp. 274-275)

Un segundo modelo prefija una Constitución que delimita los escenarios políticos y determina la distribución del poder, denominándose un modelo democrático que impide que a la Constitución se le atribuya la capacidad de resolver todas las disputas o conflictos ocasionados dentro del sistema jurídico. Por el contrario, lo que pretende es establecer reglas para que dichos conflictos sean resueltos por vías democráticas, a través del legislador democrático. (Gascón & García Figueroa, 2003, p. 275).

Ahora bien, en constituciones ancladas a la teoría del NCL deberá acogerse una visión ecléctica de los anteriores modelos de Constitución. Ello debido a que la Constitución debe tener la capacidad normativa para resolver los conflictos que surjan dentro de un sistema jurídico a través de los jueces. Sin embargo, dicha competencia no es absoluta y deberá ser delimitada por los procedimientos democráticos, pero en este caso del pueblo como poder creador y soberano.

Por tanto, los tribunales constitucionales deben conservar las funciones clásicas de legislador negativo, sin que dicha función sobrepase a competencias de carácter creativo que puedan desconocer la autoridad normativa del pueblo. Por ello, los enunciados normativos deben tener capacidad regulatoria de las relaciones sociales. Empero, no le será posible al juez modificar por vía informal el texto constitucional. Así las cosas, si el enunciado normativo perdiera eficacia dentro del sistema jurídico, solo le será posible al pueblo su modificación por las vías democráticas previamente establecidas por este. Con todo, si el pueblo

no modifica dichas normas, es porque ha sido su voluntad dar continuidad a la norma bajo el escenario interpretativo en que se dio dicha creación.

De esta forma, el juicio de constitucionalidad deberá ser separado de la decisión meramente política o democrática, estableciéndose competencias creativas de orden constitucional únicamente en cabeza del pueblo y, a su vez, determinando una ideología interpretativa de corte originalista que evite que el juez constitucional modifique de manera antidemocrática los sentidos de la Constitución. (Gascón & García Figueroa, 2003, pp. 274-275).

4.6.- El pueblo como intérprete de la Constitución en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: una propuesta desde el constitucionalismo popular

La asunción del constitucionalismo democrático en el mundo llevó a que las concepciones democráticas fueran reforzadas a partir de tesis guiadas al constitucionalismo popular, siendo este último una profundización del primero. Vale poner en evidencia cómo el constitucionalismo democrático tiene dos componentes que al parecer podrían ser contradictorios entre sí: por una parte, pregona el carácter ilimitado de la voluntad popular y, por otra, la existencia de límites a esa voluntad (Gargarella, 2015, pp. 1991-2010). De este modo, el constitucionalismo popular profundiza en la idea de que el pueblo, como creador del texto constitucional, sea el principal intérprete de la Constitución, revalidando la idea de los tribunales constitucionales como únicos intérpretes de esta.

El constitucionalismo popular surge como una respuesta a la supremacía judicial y reacciona al activismo judicial, siendo un conjunto de doctrinas que reivindican el papel del pueblo como máximo intérprete de la Constitución. En este sentido, el constitucionalismo popular se contrapone a la idea de supremacía judicial y al elitismo que contempla a los jueces como los mejores intérpretes del constitucionalismo. De este modo, el pueblo no puede limitarse únicamente al momento de creación de la Constitución, sino que existirán momentos de la vida constitucional en que deba interpretar la Constitución, teniendo la potestad de desarrollar su poder de reforma y, además, definir los sentidos de esta.

Sin embargo, es conveniente diferenciar el populismo constitucional del constitucionalismo popular, en cuanto el primero lleva a una extrema tensión los límites institucionales impuestos con el fin de garantizar el clamor popular, desconociendo cualquier procedimiento previamente establecido por el constituyente. Mientras tanto, el constitucionalismo popular busca acercar al pueblo a la Constitución a través de mecanismos institucionales previamente establecidos, buscando que el pueblo, como sujeto plural, pueda dar sentido a los enunciados normativos establecidos en la Constitución (Tripolone, 2019, p. 6). Así, el constitucionalismo popular no puede ser catalogado como una incoherencia de la estructura constitucional, sino que es una concepción que

busca dotar de un mayor componente democrático al sistema, articulando la voluntad popular al desarrollo de la Constitución (Tripolone, 2019, pp. 6-7). Bajo esta doctrina se permite armonizar conceptos en apariencia contradictorios como democracia y constitucionalismo.

Ahora bien, la interpretación de la Constitución surge como el punto más tensionante en la relación entre democracia y constitucionalismo, entendiendo que un pequeño número de jueces puede definir los sentidos propuestos por el poder soberano, imponiendo su voluntad a toda una sociedad. Por ejemplo, Kennedy (2012, p. 104) señala que la indeterminación propia del lenguaje conlleva que cada intérprete escoja de manera subjetiva los sentidos de la Constitución, reclamando una visión escéptica de la interpretación que postula una faceta decisional de la interpretación judicial. Del mismo modo, Navarro (2005, pp. 99-112) pregona que en la interpretación intervienen sujetos que aportan su significado propio a las disposiciones normativas, teniendo cada uno de estos una precomprensión al momento de realizar el ejercicio hermenéutico.

No obstante, como ya vimos, es posible controlar o limitar la interpretación de los tribunales constitucionales a partir de límites internos conforme a una ideología y métodos que guíen el procedimiento del intérprete sustituto. Sin embargo, es menester plantear controles externos a la decisión judicial cuando el intérprete sustituto desconoce los cánones de interpretación estipulados por el poder constituyente, permitiendo que el pueblo controle las decisiones sobre los significados de la Constitución.

En otras palabras, los jueces, aun limitados por criterios hermenéuticos señalados por el poder soberano, pueden incurrir en una interpretación «incorrecta», ya sea por su propia precomprensión o por la inaplicación de las directivas en la desesperada necesidad de ampliar sus poderes. Es así como el pueblo siempre tendrá la posibilidad de interpretar la Constitución y ser última palabra en materia constitucional, tanto desde un factor político como jurídico, sirviendo los postulados del constitucionalismo popular como fundamento para explicar esta posición.

Esta última proposición es entendida a partir de la ontología propia del poder constituyente con capacidad de alterar el sistema jurídico cuando el poder soberano así lo decida, pero además desde un punto de vista jurídico, en el entendido de que las constituciones del NCL establecen de forma directa la soberanía del pueblo en sus articulados. Véase el caso colombiano conforme a lo establecido por el artículo 3.º del texto político.

Es así como el constitucionalismo popular no niega la existencia del conflicto en torno a los derechos. Por el contrario, invita a que estos sean resueltos de la manera más democrática posible, situación que dista de modelos constitu-

cionales de índole liberal que dejan la resolución del conflicto en manos de un tribunal constitucional (Tripolone, 2019, p. 9). No obstante, considero que es democrático que los tribunales constitucionales funjan como primeros revisores y decisores de los conflictos sociales que tienen como eje los significados de la Constitución, con el fin de garantizar un mínimo de protección de los derechos constitucionales y el control de los demás poderes constituidos.

Sin embargo, lo que no se puede compartir es que estos funjan como última palabra en materia interpretativa, más aún siendo intérpretes sustitutos, recalcando que el intérprete auténtico en cualquier momento puede recobrar su capacidad soberana (Tripolone, 2019, p. 11), teniendo en cuenta que el acto de decisión del poder constituyente no se circunscribe únicamente al acto de creación del texto constitucional.

De esta manera, el constitucionalismo popular considera que la interpretación de la Constitución debe darse a través de una acción colectiva donde el pueblo sea su principal protagonista e intérprete. De este modo, la interpretación constitucional por parte del pueblo no puede estar limitada por las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales. Por eso, la idea principal del constitucionalismo popular se centra en cuestionar que los jueces sean los mejores y únicos intérpretes constitucionales (Niembro, 2013, pp. 197-198). Por ello, esta doctrina busca limitar los escenarios interpretativos de los tribunales constitucionales, aduciendo que el carácter principial de los textos constitucionales conlleva la politización de la justicia.

Bajo la anterior perspectiva, el argumento no puede estar dirigido a la eliminación de los tribunales constitucionales, sino a entender que pueden existir otros intérpretes de la Constitución y otros escenarios de deliberación que, inclusive, resultan ser más democráticos (Niembro, 2013, pp. 201-202). Por eso, el constitucionalismo popular centra su atención en el pueblo como primer intérprete del texto constitucional.

En el ámbito latinoamericano, Gargarella (2006, pp. 15-18) señala que el constitucionalismo popular se caracteriza por: (1) la idea de desafiar la supremacía constitucional, entendiendo que es el pueblo el encargado de implementar las cláusulas constitucionales, eliminando de los jueces la última palabra en materia constitucional; (2) ir en contra de una sensibilidad antipopular que teme por la aplicación de procedimientos democráticos; (3) la promoción de una interpretación extrajudicial en la que el pueblo supervise y corrija las deficiencias en las que puedan incurrir los tribunales constitucionales; (4) una relectura sobre los efectos del control de constitucionalidad, entendiendo que no siempre este permite el respeto por los derechos fundamentales; (5) el derecho fuera del derecho, entendiendo que muchas veces los cambios de la normativi-

dad constitucional obedecen a los mismos cambios sociales, siendo el pueblo el encargado de promover los cambios constitucionales; y (6) la necesidad de impulsar la democracia y participación popular que permita el autogobierno del pueblo como forma de garantizar su soberanía.

Es entonces como el constitucionalismo popular busca reivindicar el papel del pueblo a través de una interpretación popular de la Constitución, entendiendo que el pueblo y sus mayorías desean tanto la igualdad como las libertades positivas, por lo que deben ser los ciudadanos quienes generen sus normas, en tanto ellas perviven para su beneficio y deben ser ellos quienes decidan frente a estas, teniendo como medios procesos participativos y deliberativos en donde hay un menor riesgo de que la mayoría se equivoque.

En síntesis, como indica Rincón (2008, p. 125), los postulados del constitucionalismo popular se encuentran sustentados en la idea de que es el pueblo el creador de la Constitución, aquel que la hace cumplir y el encargado de interpretarla. Sus interpretaciones son obligatorias por ser la única autoridad que no puede ser apelada, estando en cualquier caso las interpretaciones institucionales subordinadas a la revisión por parte del pueblo. Esto lleva entonces a un modelo procedimentalista de la legitimidad, entendiendo que no pueden existir reparos a la interpretación del pueblo por elementos de índole sustancial, buscando arreglos institucionales que promuevan la interpretación extrajudicial, replanteando la idea de supremacía judicial a través de controles activos y permanentes a la interpretación constitucional realizada por los actores institucionales. Se retoma así un modelo de democracia deliberativa que entiende la Constitución como un proyecto inconcluso, que se abastece del permanente conflicto y reconoce la naturaleza política de la Constitución. (Alterio, 2014, pp. 253-274).

4.6.1.- Algunas versiones del constitucionalismo popular

Inicialmente, Niembro (2013) presenta una clasificación que distingue el constitucionalismo popular democrático del mediado. En primer lugar, el constitucionalismo popular democrático se fundamenta en el activismo popular, en el que el pueblo reclama determinado significado de la Constitución, siendo colaborador en la construcción de los significados del texto constitucional y permitiendo un mayor fortalecimiento y legitimidad de los tribunales constitucionales. De esta forma, para Post y Siegel los jueces son necesarios con el fin de garantizar condiciones materiales para el ejercicio democrático, tratando de encontrar un equilibrio entre el pueblo y los jueces. De este modo, el pueblo se encuentra investido para debatir las decisiones judiciales, siendo verdadero autor del derecho (Niembro, 2013, pp. 204-205). Es por esto que se pregona la idea de un juez constitucional que promueva la deliberación popular para descifrar

los significados de la Constitución, a través de la participación democrática y popular. (Niembro, 2013, pp. 206-208).

Por otra parte, cuando se habla de constitucionalismo popular mediado se entiende que las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales, en la generalidad de las ocasiones, reflejan una mayoría en la sociedad, siendo los jueces constitucionales responsables ante el pueblo y enfocándose su análisis en la forma de elección de los jueces. Por eso, debe recurrirse a formas mayormente democráticas para su elección, con el fin de que las decisiones del tribunal reflejen la decisión de la mayoría política, siendo las decisiones judiciales decisiones mediadas (Niembro, 2013, pp. 213-215). Al respecto señala Friedman (2005):

> La idea que anima este ensayo es que nuestro sistema está basado en el constitucionalismo popular, en el sentido que las interpretaciones judiciales de la Constitución reflejan la voluntad popular a lo largo del tiempo. Pero la relación no es directa, y no implica que los jueces simplemente presten deferencia, en algunas circunstancias, a la voluntad popular, como algunos constitucionalistas populares parecen creer que debería ocurrir. Antes bien, el proceso es mediado por la manera en que el público recibe la información acerca de los que los tribunales hacen, la manera en que el público puede y efectivamente responde a las decisiones judiciales, y la medida en que os tribunales están al corriente de la opinión popular y toman cuenta de ella. (pp. 125-126)

No obstante, de lo dicho es difícil creer que en la totalidad de las ocasiones las decisiones adoptadas por un tribunal reflejen las decisiones de una mayoría popular en la forma de interpretar la Constitución. Más bien se acoge el presupuesto de que el tribunal constitucional, al momento de resolver un asunto, acoge el criterio de uno de los grupos en disputa, aunque este grupo no siempre represente la mayoría dentro de una sociedad. (Niembro, 2013, pp. 213-215).

Pese a la plausibilidad que pueden tener las anteriores ideas al explicar que los tribunales constitucionales son centros en donde se escuchan las necesidades sociales y algunas facciones proponen un significado alterno al emitido por el constituyente al momento de creación de la Constitución, no puede perderse de vista que, desde un aspecto procedimental, dichas propuestas no tienen la capacidad de modificar la Constitución, básicamente porque resulta ser un poder constituido el que modifica el texto constitucional. (Post & Siegel, 2017, p. 2).

Por otra parte, el constitucionalismo popular también puede clasificarse, en lo que a la interpretación y guarda de la Constitución se refiere, según las relaciones entre el pueblo y los tribunales constitucionales, presentándose tesis moderadas, robustas, triviales y expresivas. (Rincón, 2008, p. 115).

En primer momento, sobre el desarrollo de algunas ideas del constitucionalismo popular moderado, se señala que es necesario superar la visión de supre-

macía judicial a cargo de la Corte Constitucional por un modelo que acerque a los actores no judiciales a descifrar los significados de la Constitución. Esto se da a través de una interpretación extrajudicial donde sea la ciudadanía el intérprete principal, en tanto la Corte Constitucional no perderá su naturaleza de intérprete de la Constitución, pero siempre estará limitada por el pueblo. Esto se logra amplificando los escenarios de participación popular en los diseños constitucionales.

En todo caso, autores como Peña (2013, p. 228) señalan que el desarrollo de un constitucionalismo popular no implica un diseño que favorezca únicamente el poder de las mayorías, sino que implica ampliar la responsabilidad constitucional en diferentes actores, conciliando el respeto por los derechos de las minorías y atendiendo, del mismo modo, al interés general mayoritario. Así, un constitucionalismo popular busca disminuir los conflictos institucionales, posibilitando el surgimiento del conflicto solo cuando la interpretación dada por los tribunales no consulte los intereses populares. (Peña, 2013, p. 236).

De este modo, modelos de democracias contestatarias permiten una convergencia entre lo individual y lo colectivo, promoviendo individualmente las decisiones de todos los sectores del Gobierno, pero también asegurando la autoridad interpretativa en la ciudadanía. Se promueve así que el pueblo ya no sea autor de las decisiones interpretativas, sino editor de estas. Un modelo contestatario no elimina la capacidad interpretativa de los tribunales constitucionales, sino que busca disputar la interpretación última, siendo el tribunal constitucional intérprete único siempre que la ciudadanía así lo quiera (Peña, 2013, pp. 237-238). En síntesis: «Lo que esto requiere de la gente en términos de interpretación constitucional, más específicamente, es que impugnen una lectura de la Corte que les parezca equivocada, y no ofrezcan ellos mismos una lectura a priori de la Constitución». (Peña, 2013, p. 240).

Por otra parte, una visión moderada del constitucionalismo popular tampoco dirige sus ideas a eliminar el control de constitucionalidad, sino a establecer diseños institucionales que sitúen al ciudadano en medio del debate público para la toma de decisiones de índole política que hoy se encuentran en manos de los tribunales constitucionales. Por eso, una moderación de las líneas más extremas del constitucionalismo popular permite diferenciar el control de constitucionalidad de la supremacía judicial, estableciendo una relación entre el juez constitucional y el pueblo a la hora de interpretar la Constitución. (Rincón, 2008, p. 126).

Una visión moderada del constitucionalismo popular no entiende que el pueblo sea el único intérprete de la Constitución, sino que este funge como un límite a la función interpretativa de los jueces, lo que permite anular las deci-

siones de los tribunales frente a una interpretación particular por ser contraria: (1) a los intereses del pueblo; (2) a la significación que le quiso dar el constituyente; o (3) porque modifica la Constitución por fuera del proceso democrático. (Rincón, 2008, pp. 125-126).

Un constitucionalismo popular robusto entiende que al pueblo siempre le corresponde la potestad de interpretar la Constitución, en tanto es la única autoridad con capacidad de dotar de alcance y significación a los enunciados normativos de índole constitucional.

Una visión trivial del constitucionalismo popular llevaría a que las decisiones de los tribunales constitucionales fueran ratificadas por el pueblo, en tanto el pueblo como autoridad suprema es el único que puede refrendar tal decisión. Esto conlleva la aplicación de una teoría del reconocimiento de las normas, en donde toda norma para ser aceptada tiene que ser objeto de la voluntad y decisión del pueblo.

Finalmente, un constitucionalismo popular expresivo busca que el pueblo se integre al tribunal constitucional a través del diálogo constante en su labor interpretativa, pero siempre la decisión del alcance y significado de la Constitución estará en manos del tribunal.

Podría decirse que el constitucionalismo popular trae como principal crítica un fuerte peligro de demagogia y de voluntad de las mayorías, que rompería con un ejercicio de democracia sustancial, privilegiando un modelo de democracia procedimental. De una u otra manera, una visión liberal y aristocrática europea ha intentado limitar el poder popular a partir de la idea de la defensa y protección de los derechos fundamentales (González, 2011, pp. 176-178). No obstante, una visión en clave de poder constituyente requiere que sea el pueblo, como autoridad soberana, quien determine el sentido final de la Constitución, más aún cuando el NCL surge como una reacción orientada a la garantía de derechos sociales y a la necesidad de generar una sociedad más igualitaria a partir del llamado a los marginados. En todo caso, se indica como principal elemento del constitucionalismo popular:

Lo que detecta y denuncia el constitucionalismo popular es que el único papel que le dejan a los ciudadanos en la actualidad es el de someterse a los dictámenes «jurídicos» de la Corte Constitucional, cuando su rol principal debería ser el de autogobernarse. En el fondo, lo que ha sucedido es que la aproximación del pueblo a sus instituciones dejo de ser política en el sentido más amplio del término, y paso a ser un asunto exclusivamente jurídico depositado en manos de especialistas. (González, 2011, pp. 192-193)

4.6.2.- Constitucionalismo popular y Nuevo Constitucionalismo: la participación democrática como elemento articulador para una interpretación popular de la Constitución

El constitucionalismo popular busca desafiar la supremacía judicial, asignándole al pueblo el rol central en la implementación e interpretación de la Constitución, convirtiéndolo en intérprete último del texto a partir de una interpretación extrajudicial (Flórez, 2012, p. 35). Además, desde un punto de vista político, sería este el único poder soberano con capacidad de modificar la Constitución. Esto, a su vez, implica estar en contra de una sensibilidad antipopular que desprecia la democracia y la regla de la mayoría (Flórez, 2012, p. 35). En todo caso, se hace necesario impulsar en mayor medida la democracia y la participación ciudadana para amplificar el poder de autodeterminación del pueblo y la soberanía popular como manifestación propia del poder constituyente (Flórez, 2012, p. 36). En todo caso:

> (…) el constitucionalismo popular, pretender en ultimas, encontrar en los procesos de discusión popular una fuente de legitimidad para el derecho constitucional, una legitimidad que no proviene de un cuerpo seleccionado de juristas sino que incluya a los verdaderos practicantes de las disposiciones normativas, es decir, al mismo pueblo. (Flórez, 2012, p. 37)

No obstante, donde se difiere de las ideas del constitucionalismo popular será en algunos de sus mecanismos procedimentales para encauzar la participación popular, esto es, a través de mecanismos dialógicos que emplean una ética discursiva. Es claro que esa ética discursiva de ninguna forma permite una participación ciudadana real. Así, más allá de teorías que pregonen por el mantenimiento del *status quo*, no puede perderse de vista que la participación popular permite la creación de lazos de confianza entre la comunidad política, reduciendo la incertidumbre sobre los comportamientos de los demás. De la misma manera, favorece el empoderamiento de la sociedad y su influencia en los cambios en las políticas públicas; y permite el cambio en las relaciones de poder entre la sociedad y los gobernantes, otorgando la posibilidad de que los excluidos sean actores principales dentro de las decisiones políticas. (Zamora, 2018, pp. 30-35).

De este modo, encuentro que, desde los medios de encauzamiento de la voluntad popular, el NCL ha dado mejores respuestas para la implementación de una fórmula democrática que permita concretar la voluntad popular, pero conservando del constitucionalismo popular la necesidad de permitir una interpretación extrajudicial de la Constitución y el reconocimiento de instrumentos que permiten la participación del pueblo en la vida institucional. (Alterio, 2014, p. 278).

Resulta interesante plantear lo dicho por Gargarella (2016, p. 56), en tanto resalta cómo ante las ambigüedades, vacíos y omisiones de la Constitución los tribunales constitucionales terminan sustituyendo la voluntad popular. De este modo, una Constitución que corresponda a la ontología del poder constituyente debe estar guiada a concentrar componentes de una Constitución democrática que constitucionalice los procedimientos democráticos, defendiendo un concepto de democracia procedimental, pero a su vez protegiendo los derechos de las minorías.

De este modo, en el desarrollo constitucional, el juez constitucional deberá verificar que el trámite normativo haya respetado las reglas democráticas y, a su vez, haya garantizado los derechos de participación de los ciudadanos. No obstante, a diferencia de lo preceptuado por Ely (1997, p. 102), un modelo de Constitución como el NCL no puede sustentarse en una mera doctrina de la democracia representativa, sino que requiere mecanismos que integren la decisión popular a los constantes aconteceres históricos. En este caso, el modelo del NCL requiere que indefectiblemente el juez constitucional garantice los espacios democráticos de toma de decisiones del pueblo.

En este sentido, el NCL encuentra con el constitucionalismo popular la necesidad de articular mayores procedimientos democráticos al control judicial de constitucionalidad, lo que a su vez implica limitar los ejercicios interpretativos en cabeza de los jueces, so pena de subvertir la voluntad popular. Sin embargo, el constitucionalismo popular como corriente de pensamiento norteamericana tiene un sustento diferente al del NCL. Ello principalmente en razón a que el constitucionalismo popular busca defender una ideología de interpretación originalista con el fin de preservar la voluntad de los padres fundadores y consolidar un régimen de democracia representativa, lo que a su vez implica combatir la supremacía interpretativa de la Constitución en manos de los jueces, distando del régimen o forma de democracia participativa que promueve el NCL. Por eso, el NCL lleva consigo una ontología que promueve la concreción de los significados constitucionales por vías directas, en tanto el constitucionalismo popular se satisface con los clásicos sistemas representativos.

Como se vio en otra oportunidad, una ideología de la interpretación evolutiva en cabeza de los jueces tiende a realizar cambios constitucionales vía interpretación constitucional a través de las sentencias que profieren los tribunales constitucionales, mientras que una ideología originalista buscará la conservación de la norma creada por el poder constituyente, limitando el ámbito de interpretación de los jueces.

No obstante, estas ideologías de la interpretación pueden ser entendidas de otra forma según el intérprete de la Constitución. Esto es, una ideología

evolutiva de la interpretación puede ser acorde con la ontología del NCL, en tanto se entienda al pueblo como poder soberano con capacidad de modificar la Constitución según las dinámicas sociales, económicas y políticas. Por el contrario, una ideología originalista de la interpretación en cabeza del pueblo busca limitar la capacidad interpretativa de este, lo que termina impidiendo la modificación de la Constitución por los cánones democráticos. En cualquier caso, las teorías originalista y evolutiva de la interpretación terminan siendo dos caras de una misma moneda; dependerá entonces del intérprete autorizado de la Constitución. Al respecto señala Chaux (2020):

> En la teoría del constitucionalismo vivo, los jueces no son el centro del desarrollo constitucional. sin duda, cumplen un papel importante, pero el actor principal son las personas y la influencia que tiene. Entre ellas, no sin antes reconocer el cambio de la norma fundamental involucra múltiples intervinientes que tienes diversos intereses. Es decir, se reconoce que la Constitución pertenece al `pueblo, de ahí que este sea el eje central en la evolución de la norma: en sentido contrario, cuando situamos al juez o a la Corte Constitución en el centro de la evolución constitucional, se afirma que la Constitución pertenece a la Corte y que la definición de lo que puede llegar a ser la norma es determinada por la voluntad de la jurisdicción. (p. 265)

En este sentido, el carácter revolucionario del poder constituyente como poder soberano permite entender la necesidad de cambio y modificación de lo ya construido, alterando el texto constitucional ya creado, incluso en detrimento de la seguridad jurídica. Sin embargo, esa estabilidad del sistema jurídico estará subordinada al proceso democrático. Es por ello que el cambio constitucional por parte del pueblo permite adecuar el texto constitucional a las nuevas expectativas populares, entendiendo que la Constitución es un programa continuo que busca mejorar las condiciones de existencia de los ciudadanos, pero sin perder legitimidad (Chaux, 2020, p. 203). Esto, sin lugar a duda, permite la construcción de decisiones colectivas de naturaleza horizontal, siendo una fórmula que se revela contra las clásicas formas de participación política. (Ramírez, 2016, pp. 175-176).

Ahora bien, en textos constitucionales como los del NCL, con constituciones tan extensas en su articulado, se intentan solucionar aspectos coyunturales que hacen proclive el texto a cambios y modificaciones. No obstante, debemos ser enfáticos en que el cambio deberá darse por el pueblo a través de mecanismos democráticos, inclusive contando con su participación directa, entendiendo la imposibilidad de que sea un poder constituyente derivado quien aplique las reformas, situación contraria a la noción de poder constituyente.

De este modo, se genera una distinción entre el poder constituyente y los poderes derivados, fijándose competencias para la modificación, alteración o sustracción de determinados tipos de normas, siendo el pueblo el único con capacidad democrática para modificar el texto constitucional. Del mismo modo, es necesario entender que la Constitución como creación popular no es un texto inmutable y divino, sino, por el contrario, un texto imperfecto sujeto a constantes modificaciones según las necesidades populares. En todo caso, si el constituyente hubiese querido que el texto constitucional fuese inmodificable habría empleado cláusulas pétreas y no hubiera previsto mecanismos de cambio constitucional. Así las cosas, se puede señalar sobre la capacidad del poder constituyente para modificar el texto constitucional:

> En resumen, la legitimidad popular derivada del poder constituyente soberano, tiene su propia lógica, un discurso que contiene ideas revolucionarias y creadoras que siempre invitan a las personas a derrumbar los compromisos e iniciar una nueva construcción fundacional, pero también a una idea de autogobierno, de reorientación del sistema político hacia los ideales que las personas consideran deben incluirse dentro de la norma de normas, una capacidad para evolucionar mediante la transformación frente a las nuevas realidades sociales. (Chaux, 2020, p. 206)

Una idea de constitucionalismo vivo implica que el proyecto constitucional se mejora y mantiene gracias a los esfuerzos de las nuevas generaciones, como a su vez que los límites impuestos por los tribunales constitucionales al cambio deben ser eliminados con el fin de permitir una interpretación más amplia del texto constitucional. Concatenando con esta idea, es claro que el NCL pregona por un constitucionalismo más democrático en donde la participación popular funge como un verdadero derecho constituyente. Esto es entendido a partir de tres elementos que determinan la participación como derecho constituyente: una motivación ideológica y técnica; la necesidad de decisión e implementación de las políticas públicas; y las consecuencias en la organización y conformación social. (Noguera & Navas, 2016, pp. 51-54).

Esto es entendido a partir de una motivación ideológica y técnica, en donde el sujeto colectivo, a partir de un antagonismo estructural contra el sistema, ideológicamente busca politizar los ámbitos de escasez social para crear nuevas realidades. Mientras tanto, técnicamente, la participación popular busca corregir las desviaciones propias de la democracia representativa. (Noguera & Navas, 2016, p. 51).

En un segundo momento, se resalta la necesidad de participación e implementación de las políticas públicas dentro de un Estado a partir de una construcción democrática de estas. Es por ello que la construcción de las políticas públicas ya no se da desde el Estado propiamente dicho, sino desde la capacidad

colectiva y comunitaria de la sociedad, que ayuda a autogestionar las necesidades de los ciudadanos, permitiendo la integración de la voluntad popular a las decisiones estatales. (Noguera & Navas, 2016, pp. 52-53).

En tercer lugar, se encuentra la concepción del paradigma participativo en la organización estatal, que busca fortalecer los instrumentos de interacción ciudadana, permitiendo que las decisiones populares se integren a las instituciones propias de la democracia representativa y rompiendo con la asimilación del Estado con el Gobierno. (Noguera & Navas, 2016, pp. 56-59).

No cabe duda de que, como preceptúa Godoy (2016, p. 168), la Constitución como pacto fundamental entre los hombres requiere que sea el mismo pueblo el que interprete y concretice los contenidos constitucionales. Esto de ninguna manera implica que los jueces no puedan aplicar e interpretar la Constitución, sino que, por el contrario, implica eliminar el monopolio de la interpretación de la Constitución en cabeza de los jueces, entendiendo el papel preponderante que tiene el pueblo en el desarrollo constitucional. Para ello, el principal medio son los instrumentos de participación ciudadana, revalidando el paradigma liberal representativo.

Esto lleva a que el pueblo, en su concepción de poder constituyente, deba ser integrado a través de mecanismos de participación ciudadana que permitan mejorar sus condiciones de vida y definir sus prioridades (Martínez Dalmau, 2012, p. 12). Con todo, y aunque al NCL se le haya intentado atribuir una connotación populista negativa bajo la defensa de un modelo de democracia sustancial, no cabe duda de que sí se trata de un verdadero constitucionalismo popular, en donde se llama al ejercicio directo de la ciudadanía cada vez que sea necesario romper las estructuras previamente construidas e iniciar un nuevo orden. (Barquerizo, 2016, p. 325).

Una visión como la que se defiende de ninguna manera busca eliminar el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, sino generar límites a los tribunales constitucionales y reducir los márgenes de competencias de los jueces a partir de la integración de mecanismos de participación ciudadana que consulten al pueblo mismo por los significados constitucionales. En todo caso, los jueces deberán respetar las decisiones democráticas tomadas por el pueblo, subordinando sus actuaciones al principio de soberanía popular.

El NCL y la Constitución Política de Colombia han concebido la necesidad de mayores mecanismos de participación directa por parte del ciudadano, entendiendo la importancia de incorporarlo a las resoluciones que afectan sus condiciones de vida (Ramírez, 2016, pp. 183-185). De este modo, la CCC en algunas oportunidades ha entendido el principio de democracia participativa inserto en el texto constitucional como una consagración misma del principio

de soberanía popular (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1122 de 2001), la consecución de un interés general (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1182 de 2001) y un instrumento para lograr mayor eficiencia política. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637 de 2001).

Sin embargo, también ha fijado sendos límites a las decisiones populares, ha relegado los mecanismos de participación democrática a ser un complemento e incluso un apéndice de la democracia representativa (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-141 de 2010, T-350 de 2014 y C-150 de 2015). Lo anterior dista entonces de una concepción fuerte del principio de soberanía popular y del poder constituyente, reduciendo el elemento participativo y decisor del pueblo como último intérprete. Por eso, como bien indica Ramírez (2016, pp. 187-188), la CCC acoge una concepción liberal de la democracia participativa, en tanto entiende que esta funge como un límite al poder del Estado, materializándose en la protección de las minorías y no como herramienta de interpelación a los poderes constituidos.

Sin lugar a dudas, los obstáculos que han interpuesto los poderes constituidos respecto de la posibilidad de participación del pueblo en las decisiones han impedido la transición de un modelo de democracia representativa a un modelo de democracia participativa (Martínez Dalmau, 2018, p. 150). De una u otra manera, esto ha sido una forma de coartar la capacidad emancipatoria y transformadora del poder constituyente. (Martínez Dalmau, 2022, pp. 379-385).

Por ello, es necesario amplificar los espacios de participación ciudadana desde una doble vía. En primer término, teniendo en cuenta las directivas interpretativas que presionan por mayores espacios democráticos para el pueblo. En segundo término, mediante un diseño institucional que facilite la activación de los mecanismos de participación ciudadana, previendo un conjunto de reglas predispuestas por el constituyente para su impulso y posterior ejercicio.

En todo caso, la democracia participativa como elemento esencial del NCL busca la activación del poder constituyente para la resolución de conflictos dentro de la institucionalidad, siendo además de una herramienta instrumental para la toma de decisiones, un mecanismo para el reforzamiento y profundización de la democracia en Latinoamérica (Ramírez, 2016, p. 382). No podemos olvidar que las constituciones del NCL nacen a partir de la activación directa del poder constituyente, retomando su visión clásica (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, p. 17), siendo esta la ontología que debe guiar el desarrollo constitucional.

4.6.3.- Reforma constitucional como control a la interpretación constitucional y mecanismos de participación: promoción de su práctica y eliminación de sus controles

Ahora bien, es importante contemplar la reforma constitucional como un mecanismo de diálogo en el NCL, el cual deberá ser de fácil activación popular y

flexible frente a las dinámicas sociales. Por otra parte, pueden existir controles intrasistémicos, como ocurre en los casos de Canadá, Sudáfrica e, incluso, en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. De este modo, en América Latina se hace necesario encontrar mayores niveles de participación en la reforma de la Constitución, con el fin de brindar mayores posibilidades de diálogo democrático entre los actores y alcanzar decisiones con un mayor nivel de legitimidad (Álvarez, 2016, p. 20).

De este modo, la reforma como mecanismo de cambio constitucional por vías democráticas no podría ser objeto de control de constitucionalidad, en tanto ello implicaría desconocer la voluntad soberana. No obstante, considero que en el NCL dicha reforma no podrá ser cuestionada vía control de constitucionalidad siempre y cuando el pueblo participe de forma directa en su procedimiento. Una visión contraria supondría retornar al viejo constitucionalismo latinoamericano de índole fundacional, con una visión restrictiva de la participación popular sustentada en un régimen de democracia representativa.

En todo caso, Vélez (2020, p. 169) contempla la posibilidad de acudir a un modelo dualista, donde la Corte Constitucional desempeñe el papel de intérprete de la Constitución, pero en el cual, a su vez, la ciudadanía o el pueblo pueda participar. Así las cosas, la participación popular será el medio de legitimación de la jurisdicción constitucional, encontrándose la enmienda o reforma como principal mecanismo para ello. De esta manera, el disenso entre las decisiones de los tribunales constitucionales y el pensar de la ciudadanía frente a un ejercicio interpretativo resulta sano en un modelo que privilegia la soberanía popular, en tanto permite al pueblo activar los procedimientos de cambio constitucional, derogar las interpretaciones de los tribunales constitucionales y asumir un verdadero rol de poder constituyente, lo que impide que la reforma pueda ser limitada por estos. (Rincón, 2008, p. 129).

De esta manera, es importante diferenciar el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, en tanto el juez constitucional solo tiene la capacidad de controlar las normas y actos de los poderes constituidos, mientras que el órgano revisor tiene la capacidad de modificar o mantener las normas contenidas en la Constitución, según la necesidad de adaptarlas a las realidades sociales. Por eso, los tribunales constitucionales son guardianes de la Constitución que, a través de la interpretación, buscan la coherencia del ordenamiento jurídico con el texto constitucional; mientras tanto, el órgano de revisión tiene la connotación de actualizar, adicionar o modificar la obra constitucional (Carpizo, 2009, pp. 36-37). No obstante, en el NCL debe ser una máxima del diseño institucional que solo le sea posible al poder constituyente modificar el texto constitucional. Por ello, deben desconocerse nociones como la de poder

constituyente derivado, en tanto el pueblo siempre desarrolla un poder constituyente de carácter permanente.

En este punto quisiera señalar cómo las dinámicas modernas preceptúan que ya no es únicamente el tribunal constitucional el encargado de fungir como guardián de la Constitución, sino que a él se integra el mismo pueblo como órgano revisor que debe mantener actualizado el texto constitucional frente a las dinámicas sociales, económicas y políticas. Por eso, no siempre son los jueces la última instancia interpretativa del texto constitucional, en tanto el poder constituyente como órgano de revisión puede incluir nuevas normas, amplificar sus alcances o precisar los contenidos constitucionales (Carpizo, 2009, pp. 37-38), al punto de hablarse de un revisor permanente de su obra.

La posibilidad de que los tribunales constitucionales revisen los actos modificatorios de la Constitución lleva a que estos mismos puedan constituirse como poder constituyente, convirtiéndose en un poder constituyente permanente con una fuerte vocación aristocrática y elitista. No obstante, el establecimiento de límites a los actos reformatorios de la Constitución ha llevado a una expansión de los poderes de los tribunales constitucionales en detrimento de otros órganos con mayor capacidad representativa, sustentando su actuar en la idoneidad y formación de sus integrantes (Pegoraro, 1999, pp. 240-241), eventos en los que muchas veces ni siquiera es posible asegurar tal idoneidad. Por eso concluye:

> ¡sobre todo, aquí va destacado que titubea incluso la idea de Sieyès sobre la distinción entre poder constituyente y poder constituido si tal inarrestable expansión no aspira ya, solo, a someter la ley al imperio de la Constitución, sino que incluso al mismo poder de revisión (…) por parte sin embargo de un órgano del poder constituido. (Pegoraro, 1999, p. 241)

Ahora bien, es necesario que la misma Constitución establezca jerarquías autoritativas que impidan que un órgano constituido pueda conocer de la posibilidad de reforma de la Constitución. En este caso, Carpizo (2009, pp. 85-86) señala que los tribunales constitucionales solo pueden conocer de los aspectos formales de la reforma, en tanto el conocimiento de un aspecto material implicaría controlar la decisión del poder constituyente, el cual no tiene límites jurídicos; supondría una superioridad del tribunal constitucional frente al pueblo; usurparía funciones que le corresponden solo a este; convertiría al tribunal en un poder ilimitado; desconocería el sistema democrático en el que se sustenta todo el ordenamiento jurídico; carecería de un estándar objetivo para declarar la inconstitucionalidad de una reforma; y obstaculizaría el cambio por vías pacíficas.

Alterio (2015, p. 388) manifiesta que el modelo de legitimidad del NCL se ancla en un modelo de democracia procedimental débil, por cuanto es el

pueblo, como poder soberano, el que legitima la fuerza normativa de la Constitución, contrariando los modelos neoconstitucionalistas a los cuales no les interesa el concepto de soberanía. En este sentido, el NCL entiende que el poder constituyente tiene un carácter revolucionario que hizo necesario el cambio constitucional en su momento, pero que de ninguna manera se entiende como una obra acabada (Alterio, 2015, p. 389). De este modo, el NCL necesita de la reforma constitucional como mecanismo que permite la actualización del texto constitucional a las dinámicas sociales, teniendo un especial componente transformador de la realidad social a través de mecanismos democráticos.

No obstante, los poderes constituidos han intentado limitar los escenarios democráticos de cambio constitucional, restringiendo las capacidades de modificación de los contenidos constitucionales y asumiendo una función de intérprete. Con ello generan barreras para el pueblo como poder constituyente, acercándose a un modelo de democracia sustancial. Esto, sin lugar a dudas, supone un modelo de interpretación que restringe la capacidad del poder constituyente como poder soberano y, por el contrario, establece límites a su capacidad de acción, proposición que no es admisible en un Estado que se predique democrático.

Por otra parte, el NCL emplea arreglos institucionales que se acercan más a un modelo de constitucionalismo fuerte, pero no elitista; es decir, contempla modelos de control de constitucionalidad fuerte que además integran diversos mecanismos de participación ciudadana. De esta forma, el NCL busca que el poder constituyente subsista más allá del momento de creación popular, procurando que sea un poder permanente. Así, es importante señalar cómo la noción de poder constituyente empleada en el NCL no admite cotos vedados ni cláusulas inmodificables. Del mismo modo, el modelo del NCL, en teoría, busca amplificar el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional. (Alterio, 2015, p. 392).

Por lo mencionado, el NCL debe apostar por un modelo de democracia participativa cuya decisión popular sea vinculante para los demás poderes públicos. Deberá ser una constante en los diseños institucionales la incorporación de instrumentos participativos para el cambio constitucional, entregándose mayores posibilidades para que la ciudadanía supervise, controle y coordine el cambio constitucional por parte del pueblo, generándose controles de los ciudadanos a los poderes constituidos. (Ovare, 2021, pp. 56-57).

4.6.3.1.- El carácter no justiciable de las reformas constitucionales: una cuestión del diseño institucional

A pesar de que en la jurisprudencia de la CCC se haya elaborado toda una línea jurisprudencial tendiente a controlar los actos reformatorios de la Constitución, es menester plantear una alternativa a esta metodología, poniendo de presente

la capacidad absoluta e ilimitada del poder constituyente. Vale indicar que la CCC no solo ha emitido razones jurisprudenciales para que el cambio constitucional por parte del Congreso de la República sea controlado vía control de constitucionalidad, sino que además ha permitido que los mecanismos en los cuales el pueblo modifica la Constitución sean limitados desde un punto de vista sustancial, amplificando sus competencias hacia un control procedimental, tal como lo establecen los artículos 241 y 377 de la Constitución.

Ahora bien, no cabe duda de que el poder de reforma puede delimitarse como una cuestión política que podrá ser controlada, constituyéndose como un límite al carácter jurídico de la CCC. En este punto es importante señalar tres tesis alrededor del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, teniendo como referencia lo dicho por Haro (2012).

En primer lugar, se podrá dar una tesis ecléctica que aboga tanto por una respuesta positiva como negativa, siendo admisible o no que un órgano constituido conozca del control de las reformas de la Constitución por parte del poder constituyente. No obstante, la respuesta positiva o negativa sobre la justiciabilidad de la reforma dependerá del tipo de poder constituyente del que se hable, es decir, de un poder constituyente derivado u originario. Empero, como ya se dijo en otra ocasión, la noción de poder constituyente en el NCL no admite una conceptualización del poder constituyente como poder en cabeza de un órgano constituido, admitiéndose dicha capacidad solo al pueblo. (Haro, 2012, p. 210).

En segunda medida, se encuentra una posición negatoria de la justiciabilidad de la reforma, según la cual, en cualquier caso —poder constituyente derivado u originario—, se trata de un asunto eminentemente político que no es competencia de los tribunales constitucionales (Haro, 2012, pp. 211-212). En tercera medida, una tesis afirmativa señala que, en todo caso, los poderes de reforma se encuentran limitados por las mismas competencias atribuidas por la Constitución. Al respecto, para explicar lo anterior, el autor señala que el poder constituyente material busca desarrollar y completar los contenidos constitucionales prescritos por el poder constituyente formal, interpretando y aplicando la Constitución, lo que conlleva que se indague por los valores y fines que buscó el constituyente formal, siendo la Constitución un límite para el mismo poder constituyente. (Haro, 2012, pp. 214-215).

No obstante, como ya se dijo, en el NCL el poder constituyente desde un punto de vista material no puede encontrarse supeditado a un órgano constituido, sino que debe reposar en cabeza del pueblo y su capacidad emancipadora y transformadora de la realidad social, canalizando la voluntad popular a través de mecanismos institucionales que permitan su integración a la estructura constitucional. A pesar de que el poder de reforma sea asimilado a un poder limitado

por encontrarse en cabeza de los poderes constituidos, no puede perderse de vista que, bajo un modelo democrático participativo y procedimental propio del NCL, este debe residir en el pueblo. De allí que los límites que busquen establecerse a la capacidad de reforma sean nugatorios por tratarse de un poder ilimitado.

Es de considerar que en diseños institucionales en los que conviven de manera errada un poder constituyente originario y un poder constituyente derivado se hace necesario diferenciar el control propuesto a la reforma constitucional según el sujeto que la promueva. Así, tratándose de un poder constituido, como el Congreso de la República, el control tiene sentido, en tanto se trata de un poder limitado por la misma Constitución, teniendo el tribunal constitucional la capacidad de anular estos actos reformatorios por desconocer la voluntad popular. Mientras que, cuando se trata de actos reformatorios planteados por el pueblo, el tribunal constitucional perderá competencia, ya que se trata de un poder absoluto e ilimitado, limitándose el juez constitucional a realizar un control meramente procedimental.

Es así como la soberanía popular juridificada y materializada a través de mecanismos de cambio constitucional, más que limitar al pueblo, se constituye en una garantía para su libre autodeterminación, asegurando la formación de la voluntad soberana. Al respecto, Brewer-Carías (2005) señala:

> La reforma constitucional en las Constituciones, por tanto, debe ser regulada en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular (…), a la vez permita que se realicen los cambios necesarios que exige la sociedad democrática.
>
> Se trata, siempre, de la búsqueda del equilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional, que son los principios que siempre están presentes en toda reforma constitucional: Por una parte, la supremacía constitucional, que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. Y por la otra, la soberanía popular que faculta al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente para modificar el Estado constitucional, su organización y la propia Constitución. (p. 3)

Así las cosas, el poder de reforma concilia los principios de supremacía constitucional como concepto jurídico y soberanía popular como concepto político, en tanto la Constitución no puede impedir el ejercicio de soberanía popular, sirviendo el texto constitucional como un mecanismo e instrumento para el encauzamiento de la voluntad popular. Es así como la juridificación del poder constituyente debe emplear diseños institucionales que hagan operativo el derecho del pueblo a modificar su creación.

En este sentido, Ferreyra (2004, p. 38) señala cómo, bajo determinados presupuestos, una sentencia se constituye en una decisión política, de igual manera

que ocurre con la reforma. Por esto, en el caso de la reforma se hace necesario limitar la intervención del tribunal constitucional sobre cuestiones que atañen a la política, pues estas solo pueden ser decididas por su creador:

> ¿Por qué? Porque en estos casos la democracia participativa es una solución detalladamente más plausible que el propio control judicial de constitucionalidad. Hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que ésta -y no otra- es la proposición capital sobre la que se asienta la propia configuración constitucional. Añado que aceptar que los jueces declaren la inconstitucionalidad del contenido de una reforma en un sistema de Constitución rígida es lógicamente imposible, si ha de ser verdad que lo superior -la reforma constitucional- es creación del Derecho Constitucional y lo inferior -la interpretación judicial-, su aplicación. Las implicancias de esta tesis significan que ella bien puede ser considerada como una importante y trascedente excepción a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional estatal de contralor de constitucionalidad, trayendo como beneficio la 'resemantización' del principio dogmático de la cuestión política no judiciable. (Ferreyra, 2004, p. 38)

De este modo, las modificaciones realizadas por el pueblo a la Constitución no pueden ser anuladas por los tribunales, en tanto se trata de una potestad básica como forma de expresión popular más importante. En todo caso, si se presentara una antinomia entre la reforma planteada por el pueblo y una norma preexistente, podría el tribunal constitucional declararla, lo que permitiría encauzar la voluntad popular para la adopción de uno u otro enunciado normativo. Sin embargo, quien deberá decidir sobre ella será el pueblo. En todo caso: «Sin embargo, en ningún caso, tratándose de una decisión política de significativa trascendencia, sus efectos jurídicos definitivos no deberán ser sentidos hasta que la última palabra sea discernida vía referéndum o cualquier otra forma de participación popular directa». (Ferreyra, 2004, p. 38).

Llevando el problema al control de constitucionalidad de las reformas aplicado por la CCC, este no tiene otro fundamento que la autodesignación de tal facultad por el mismo órgano constituido, en tanto si se pensara que existen elementos esenciales implícitos, se estaría reconociendo que estos tienen mayor fuerza normativa incluso que las reformas planteadas por el constituyente, lo que se traduce en el atamiento del poder constituyente por parte del poder constituido. De este modo, Benítez (2014) explica las incongruencias del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales:

> Si se acepta lo anterior, se puede afirmar que el criterio diseñado por el juez constitucional (la premisa mayor) es supraconstitucional y al tener un rango superior a la Carta, se reafirma que no obedece a estándares jurídicos sino políticos, porque

> (i) se trata de una elección entre muchas posibles que pueden realizar los jueces de turno al no existir ningún lineamiento de derecho positivo adicional que guie la construcción de la premisa; (ii) puede ser desestimado por el juez en casos futuros tanto que ninguna norma jurídica lo obliga a dejar atrás o a respetar ese elemento; (iii) se le pueden añadir nuevos límites implícitos o desechar otras utilizados en el pasado como ha sucedido en India, sin más restricción que una argumentación razonable,; y (iv) puede ser utilizado como criterios de corrección de las reformas constitucionales, en tanto que, como lo ha hecho la Corte Constitucional, una enmienda puede ser modulada condicionada o interpretada de conformidad con esa norma jurídica supraconstitucional para evitar su inconstitucionalidad (…). (Benítez, 2014, p. 37)

Es que, incluso en el caso del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, la objeción contramayoritaria se convierte en supercontramayoritaria, ya que el mismo tribunal puede desconocer e invalidar una decisión tomada por el poder constituyente que modifica una tesis interpretativa del tribunal, convirtiéndose el poder constituido en constituyente vía interpretación constitucional. (Ferejohn, 2014, pp. 8-9).

Es por ello que, por un efecto práctico, en las nuevas estructuras constitucionales que reconozcan el principio de soberanía popular y un concepto fuerte de poder constituyente, deberán establecerse mecanismos de reforma en los cuales siempre se requiera la voluntad popular para su decisión, impidiendo que el tribunal constitucional plantee un control de constitucionalidad de cualquier tipo de reforma —incluso las populares— bajo el argumento de la teoría de la sustitución y del desconocimiento de la voluntad popular por parte de los poderes constituidos.

De una u otra manera, la noción de poder constituyente conlleva asumir una posición en favor de la democracia participativa, en donde el pueblo tenga una injerencia directa en la toma de decisiones que involucran sus necesidades. No obstante, Ferejohn (2014, pp. 8-9) entiende que la democracia funciona de mejor manera cuando el pueblo se ocupa de pocos asuntos y entrega determinadas competencias a ciertas autoridades, entendiendo que la legitimidad de las decisiones tomadas por los poderes derivados se circunscribe a la cercanía o no de la institución con el pueblo. De este modo, los tribunales constitucionales no ostentan ningún tipo de responsabilidad política, por lo que necesitan justificar sus decisiones desde un panorama interno y externo.

En este sentido, internamente los jueces deben justificar con suficientes razones su decisión, con el fin de que su superior no revoque su providencia. Mientras tanto, externamente se hace necesario que los jueces presenten su decisión al público, debiendo ser lo más ajustada posible a los cánones constitu-

cionales, así como a los procedimientos y ritualidades que conlleva la decisión. En todo caso, para Ferejohn (2014, p. 192), solo es posible delegar determinadas funciones a órganos constituidos si se establecen límites claros con las demás funciones de otros poderes.

Internamente, los jueces deben emplear suficientes razones para que el poder constituyente, como poder absoluto e ilimitado, no modifique su decisión a través de mecanismos democráticos. Y es que, en cualquier caso, la decisión adoptada por un tribunal constitucional no es absoluta, sino que también se sujeta a controles externos, como lo es el mecanismo de reforma por parte del pueblo. Ahora bien, externamente la decisión será controlada a través de fórmulas interpretativas que conduzcan a que el intérprete sustituto respete la decisión popular plasmada en el texto constitucional, evitando los cambios constitucionales vía interpretación constitucional.

En todo caso, la teoría de la sustitución constitucional conlleva que los tribunales constitucionales presuman el comportamiento del legislador, sustrayendo la capacidad de reformar la Constitución, ya sea a través del Congreso como órgano de representación o incluso del mismo pueblo. En segunda medida, establece vía interpretación constitucional cláusulas pétreas a través de la noción de elemento esencial de la Constitución, lo que impide su modificación incluso por parte del pueblo y favorece el carácter inmutable de la Constitución. (Chaux, 2020, p. 210).

Así las cosas, la teoría de la sustitución constitucional, que sitúa a la CCC como único y máximo intérprete de la Constitución, paradójicamente implica una teoría originalista frente a los cambios democráticos y legítimos de la Constitución, en tanto impide que esta se adapte a nuevas realidades sociales y dinámicas políticas, sustrayendo cualquier posibilidad de cambio formal incluso por el propio poder soberano (Chaux, 2020, p. 213). Esto, a su vez, conlleva privilegiar una ideología de la interpretación evolutiva desde los tribunales constitucionales, buscando que solo a través de las decisiones judiciales se amplifiquen o restrinjan los efectos de las normas constitucionales.

La continuidad de la aplicación de la teoría de la sustitución constitucional busca soterradamente poner límites al poder ilimitado, sustrayendo del campo político las decisiones populares del ámbito constitucional y modificando el eje de legitimidad de la soberanía popular por el de supremacía judicial. No puede olvidarse que el poder de reforma es en sí mismo un poder constituyente que no se encuentra sujeto a límites sustanciales, ya que, si se tratara de un poder limitado, sería un poder sujeto a la Constitución, siendo la creación superior al creador. (Roznai, 2020, p. 214).

Destaca Chaux (2020, p. 217) que la teoría de la sustitución constitucional conlleva considerar que ni el pueblo ni sus delegatarios son las mejores instituciones para modificar la Constitución, sino que, desde un punto de vista material, dicha competencia correspondería a los tribunales constitucionales. Entender que la Constitución es un texto inacabado, mutable y dinámico implica comprender que en cualquier momento puede ser modificada por el pueblo. Ello, a su vez, conlleva que la interpretación de los tribunales constitucionales deba estar orientada a conservar los significados atribuidos por el constituyente a los enunciados normativos, pero también a emplear una interpretación favorable a los cambios constitucionales realizados por el pueblo, permitiendo su articulación en el desarrollo de los contenidos constitucionales.

En todo caso, la idea de constitucionalismo democrático implica que el poder constituyente saque de la esfera de la política ordinaria algunos temas, entregando una competencia limitada a los poderes constituidos o derivados y, a su vez, manteniendo en cabeza del poder constituyente algunos asuntos que son de su propio resorte.

Conforme a lo anterior, es necesario entender que las constituciones no son perfectas, sino que obedecen a un momento histórico particular, en tanto tienen vigencia según las condiciones sociales, económicas y políticas en que se desarrollan, contemplando mecanismos de reforma para sus modificaciones. Es por eso que, desde una perspectiva de poder constituyente, solo el pueblo puede modificar el texto constitucional, fungiendo como el último intérprete para determinar los alcances de sus normas cuando estas parezcan vagas u oscuras. Así las cosas, como ya se dijo, el cambio constitucional por parte del pueblo a través de vías democráticas ostenta una legitimidad de la cual la mayoría de los tribunales carece. La importancia de la reforma constitucional puede ser resumida de la siguiente forma:

> En consecuencia la transformación constitucional tiene una doble justificación: primero se trata de un mecanismo instrumental por medio del cual la Constitución o una parte de ella, que se considera inadecuada o inclusive destructiva de los fines para los cuales se ha establecido la norma, es transformada y, en segundo lugar, la reforma constitucional es una muestra de respeto al imperativo moral de devolver la Constitución al pueblo, es decir que la norma responda a las expectativas e ideales de las personas que han establecido la Carta Suprema.
>
> Ahora la posibilidad del error humano así como la necesidad de mantener conectada la Constitución con el pueblo, muestra que estas se encuentran en permanente condición de posible falla, debido a que la norma y en especial la definición de sus fines, son un concepto interpretativo que cambia y evoluciona como lo hace la sociedad, de tal manera que la reforma constitucional es el instrumento para

> regresar la Constitución a las expectativas de la población- la conexión ideológica o aspiracional del pueblo con el texto positivo- pero también para corregir los posibles errores de la disposición normativa. (Chaux, 2020, p. 236)

No obstante, los límites impuestos a partir de postulados que defienden una supremacía constitucional han sido criticados por la misma jurisprudencia constitucional, al menos en la aclaración de voto del magistrado Sierra Porto en la Sentencia C-141 de 2010, en tanto entiende que la definición de un elemento definitorio esencial resulta ser un componente del más alto grado de subjetividad judicial, ya que es el mismo tribunal el encargado de seleccionar, definir y aplicar el elemento esencial del texto constitucional. Es por ello que el poder de reforma resulta ser una expresión misma del poder constituyente como poder soberano que permite al pueblo o a sus representantes adaptar la Constitución a nuevos escenarios sociales.

Entender que el poder constituyente es un poder revolucionario, emancipador y transformador de la realidad social implica que la Constitución contenga mecanismos de reforma que prevén que el texto constitucional no es perfecto y que, por el contrario, en ocasiones debe ser modificado para ajustarse a nuevos tiempos. En otras palabras, implica impedir que las generaciones pasadas sometan a las futuras bajo un texto normativo. Es por eso que todo texto constitucional puede ser susceptible de mejora o desarrollo. No obstante, reiteramos que su modificación o desarrollo, dada la articulación del texto con el principio de soberanía popular, debe ser actualizado por su creador, constituyéndose cualquier modificación por fuera de procedimientos democráticos y sin la anuencia popular en un acto carente de legitimidad.

La reforma conlleva, de una u otra manera, la positivización de la capacidad emancipatoria y transformadora que encierra el poder constituyente. Roznai (2020, pp. 215-216) destaca que el poder de reforma es una prerrogativa del constituyente democrático que busca articular a las generaciones futuras al proyecto constitucional, teniendo la capacidad para modificar el texto constitucional como parte del poder constituyente, institucionalizando el componente emancipador, transformador y revolucionario de este concepto.

Lo anterior podría ser explicado al menos desde tres argumentos: (1) un argumento de supremacía, por cuanto los poderes constituidos se encuentran limitados por la Constitución como voluntad del poder constituyente, mientras que el poder constituyente, a través de la reforma, puede modificar a los poderes constituidos y sus límites; (2) un argumento procesal, que diferencia los mecanismos de reforma de la Constitución de los de las demás normas del ordenamiento jurídico, así como los órganos encargados de llevar a cabo estas modificaciones; y (3) un argumento consecuencial, que entiende cómo las

reformas constitucionales, como alteraciones al ordenamiento jurídico, implican alteraciones a los poderes constituidos. (Roznai, 2020, pp. 216-218).

En todo caso, aun cuando se quiera decir que el poder de reforma se trata de un poder constituido en tanto se sujeta a los límites impuestos por el constituyente en la Constitución, su naturaleza será la de un verdadero poder constituyente, en cuanto los límites al mismo solo pueden ser de naturaleza procedimental, excluyendo cualquier tipo de límite de naturaleza sustancial. Ello es así por la naturaleza política del poder constituyente, que no se encuentra sometido a ningún otro poder, ni siquiera a su propia creación.

Bajo esta idea, el NCL debería profundizar en que las constituciones sean altamente reformables por parte del pueblo, pero fuertemente rígidas frente a los poderes constituidos. Bien señala Guastini (2007, p. 25) que la distinción entre reforma y creación resulta ser un tema más de forma que de fondo, que desde un aspecto sustancial no tiene mayores distinciones, impidiendo que se interpongan límites al poder de reforma. Por ello, más que límites jurídicos imaginarios con el fin de limitar al poder constituyente, la reforma debe ser entendida como un proyecto político que altera las estructuras sociales (Gargarella, 2010, p. 47) y que no puede ser sometido a límites impuestos por los poderes constituidos.

No obstante, en las constituciones del NCL, como textos surgidos a partir del constitucionalismo democrático, solo podrá ser legítima aquella reforma que sea planteada por el constituyente, estableciendo límites según el sujeto que plantea la reforma. No tiene sentido que una Constitución con una génesis popular no consulte al pueblo sobre su cambio (Méndez & Cutié, 2010, p. 111). Sin embargo, esto obedece más a un aspecto de ingeniería y diseño constitucional.

Ahora entonces, en el caso colombiano se reconocen tres mecanismos de reforma constitucional que invitan a entender que la Constitución de 1991 no fue un texto perfecto. Por ello, la principal labor hermenéutica de la Constitución recae en el pueblo como creador y legitimador del orden jurídico. Así las cosas, las modificaciones de la Constitución a partir de la interpretación constitucional, con exiguos márgenes democráticos, atentan contra la misma soberanía popular. Una visión evolutiva de la interpretación constitucional desde el pueblo conlleva entender que es el poder soberano el único legitimado y apto para lograr los desarrollos que en primera medida el constituyente no previó, entendiendo que la Constitución, como texto inacabado, puede ser objeto de mejoría constante (Chaux, 2020, p. 259). En cualquier caso, los cambios constitucionales siempre se encuentran en manos de la ciudadanía debido a que el pueblo:

> (…) (i)puede derogar un acto legislativo aprobado por el Congreso; (ii) tiene la facultad de decidir su esta o no de acuerdo con un proyecto de reforma constitu-

> cional mediante la votación en referendo; y (iii) puede decidir si convoca a una asamblea nacional constituyente para la modificación de la Carta y; adicionalmente, elige los delegatarios que confeccionaran la reforma. (Benítez, 2014, p. 16)

Colón-Ríos (2022, pp. 16-21) indica que el constitucionalismo, de una u otra manera, ha minimizado los escenarios democráticos, convirtiendo a los tribunales constitucionales en verdaderos poderes soberanos y supremos que delimitan el contenido de la Constitución. Esto se traduce en la esterilización del conflicto y, además, sustrae del poder constituyente su capacidad transformadora y emancipadora de la realidad social. De esta forma, una teoría democrática de la Constitución debe ser concebida desde un ámbito verdaderamente material que facilite las condiciones para que el pueblo se autogobierne, promoviendo la participación de la ciudadanía en los asuntos más trascendentes para la sociedad.

Una Constitución democrática necesita de la materialización del principio de autogobierno, en donde el pueblo tenga un papel activo en el desarrollo constitucional que supere el *status quo*, constituyéndose el poder de reforma como aquel recurso que permite canalizar institucionalmente las crisis políticas, pero además actualizar los contenidos constitucionales. (Benítez, 2014, p. 13).

4.6.3.2.- La Constitución como un texto inacabado y en constante construcción: la reforma como medio que dinamiza las demandas populares

La voluntad popular como voluntad dinámica saca de la ficción ideológica al pueblo como poder soberano y lo convierte en intérprete auténtico de la Constitución (Segovia, 2013, p. 125). Sin embargo, no es que la Constitución sea vaciada de fuerza normativa; por el contrario, su desarrollo se da de forma constante, amparada en un marco de legitimidad democrática. En todo caso, el acto de reformulación por parte del poder constituyente solo se dará cuando las interpretaciones prescritas por el intérprete sustituto sobrepasen los límites impuestos por el soberano. Ello conlleva una restricción para los tribunales constitucionales en aras de guardar coherencia en sus interpretaciones, siendo guiadas siempre por los cánones interpretativos fijados por el creador, estando el intérprete compelido al cumplimiento de dichos criterios so pena de ser desvirtuada su interpretación por el constituyente.

Por ello, en una Constitución democrática solo existe un autor del texto constitucional, pero diferentes intérpretes que responden a una única voluntad: la del poder constituyente (Segovia, 2013, p. 124). Esto conlleva la existencia de relaciones jerárquicas entre autoridades interpretativas, siendo los tribunales constitucionales controladores de los demás poderes públicos, pero siendo estos, a su vez, controlados por el poder soberano.

En este caso, la reforma se ancla en el concepto de fe constitucional, esto es, la idea de que las generaciones futuras serán más sabias que las pasadas, desarrollando, mejorando y actualizando los textos constitucionales a partir de normas más democráticas y justas. Ello implica entender la Constitución como una norma imperfecta que puede ser mejorada de manera constante. Esto puede ser explicado de la siguiente manera:

> La fe constitucional consiste en considerar que la Constitución es un programa continuo que puede ser mejorado y por esa capacidad de evolucionar la norma merece respeto político y jurídico, por lo cual sus errores, problemas y malas interpretaciones no importan, pues pueden corregirse. En otras palabras, la fe constitución es creer que el proyecto constitucional merece respeto y que vale la pena seguir luchando por él. Y así, los valores y principios de la democracia constitución se preservan cuando las personas le dan continuidad a un proyecto constitucional, valorando el pasado para determinar su futuro. En consecuencia, la Carta Política es un documento incompleto, un plano sobre el cual siempre se pueden realizar nuevas construcciones, que puede ser mejorado por las personas con lo cual la norma merece respeto y legitimidad. (Chaux, 2020, pp. 259-260)

La anterior postura dista de la idolatría constitucional, en tanto considera que la Constitución es imperfecta y sujeta a cambios; amplifica los márgenes políticos, imposibilitando los límites al desarrollo constitucional a través de la interpretación de poderes constituidos; y, finalmente, contradice el *status quo* creado por la carta, entendiendo que se trata de un texto conflictivista que responde a un momento coyuntural e histórico, pero que en cualquier caso puede ser modificado ante nuevas coyunturas sociales.

De esta forma, la teoría de la sustitución constitucional se ancla en la estaticidad de la Constitución, limitando las vías democráticas de cambio constitucional y revalidando su evolución mediante la interpretación constitucional en las sentencias de los tribunales constitucionales. Mientras tanto, una teoría de la redención se sustenta en el pueblo y su especial carácter democrático (Chaux, 2020, p. 261). Esto conlleva que sustitución y redención sean tesis antagónicas, ya que en el caso de la sustitución se antepone el aspecto jurídico de la Constitución sobre el político, y en el caso de la redención, el aspecto político sobre el jurídico.

Empero, una Constitución guiada por la noción de poder constituyente, como lo son las del NCL, deberá privilegiar la supremacía de la Constitución no desde un aspecto material, sino procedimental, conciliando los principios de supremacía constitucional y soberanía popular, entendiendo que la Constitución es norma de normas por ser una decisión política del poder constituyente. La

decisión popular es, entonces, el principal fundamento de su legitimidad, es decir, se privilegia el aspecto político de la Constitución sobre el jurídico.

Por ello, de ninguna manera puede acogerse una ideología originalista del cambio constitucional a través de límites interpretativos a la capacidad de reforma del poder constituyente. Lo anterior sería desconocer la noción misma de poder constituyente. Por el contrario, la evolución constitucional es una constante en el NCL, pero a través de una ideología de la interpretación evolutiva desde el pueblo como poder soberano, mediante los mecanismos de participación popular y reforma.

Es de esta forma que el pueblo, a través de la reforma constitucional, condiciona el sentido, significado o interpretaciones que pueda plantear el tribunal constitucional, entendiendo la necesidad de una Constitución reformable que se encuentra en permanente construcción social, donde el poder de reforma es un medio para eliminar el monopolio interpretativo en cabeza de los jueces. (Melero, 2019, pp. 66-67).

De esta forma, se da una relación inversamente proporcional entre una ideología de la interpretación de los enunciados normativos constitucionales en el control de constitucionalidad y una ideología frente al cambio constitucional por parte del pueblo. Es decir, el intérprete sustituto deberá acoger una posición interpretativa doble: en los ejercicios de control de constitucionalidad e interpretación de los enunciados constitucionales deberá apelar a una ideología de la interpretación estática; mientras que, cuando se hable de cambio constitucional formal, es menester apelar a una ideología dinámica que promueva el cambio constitucional por vías democráticas.

En este caso, la reforma cumple no solo como mecanismo permanente de construcción de la Constitución, entendiendo la posibilidad de que esta sea actualizada a las dinámicas propias de una nueva generación, sino que además permite anular, rechazar o reformular las decisiones judiciales que adopten los tribunales constitucionales frente a un punto específico de la carta política. Por eso, la reforma tiene una función que perfecciona y moderniza la Constitución, y a su vez controla a los tribunales constitucionales. De esta forma:

> En consecuencia, la propuesta consiste en emplear ciertos procedimientos de reforma como mecanismos de reafirmación de la toma democrática de decisiones, resolviendo o al menos, aminorando el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad. (Melero, 2019, p. 70)

Sin lugar a dudas, una estructura constitucional puede emplear normas que hagan indisponibles ciertos derechos, por lo menos limitando sus procedimientos de reforma y exigiendo mecanismos más agravados para su cambio. Empero, también puede ser voluntad del constituyente emplear cláusulas abstractas en

donde los cuerpos democráticos e incluso el pueblo puedan definir los sentidos frente a un caso concreto, discutiendo la concepción del juez constitucional como único intérprete de estas cláusulas. Así las cosas, el procedimiento de control de constitucionalidad estaría acompañado de mecanismos democráticos para la toma de decisiones (Hierro, 2016, p. 202). Esto conlleva un mecanismo de legitimación instrumental y material que permite controlar a los controladores, evitando la ruptura del sistema democrático y el desvanecimiento del principio de soberanía popular.

En este caso, la ontología misma del poder constituyente en la que se fundamenta el NCL exige la flexibilidad para la reforma constitucional, pero siempre sujeta a la participación directa o indirecta del pueblo como único poder soberano (Medici, 2016, p. 200). Es así como el NCL se fundamenta en un superprincipio como lo es la soberanía popular, buscando la legitimidad externa del ordenamiento jurídico a partir de la adopción de procedimientos altamente democráticos. En todo caso, el principio de soberanía popular subordina a cualquier otro principio, norma o regla constitucional, incluso los principios de supremacía constitucional y rigidez. (Medici, 2016, pp. 201-202).

En consecuencia, habrá que decir que el principio de rigidez constitucional en el NCL no tiene como principal característica la necesidad de un procedimiento agravado que distinga la modificación o creación constitucional de la faceta legal, sino que dicho principio ahonda en la articulación del poder constituyente. Esto se debe a que el verdadero sustento de la rigidez constitucional en el NCL es la necesidad de participación del pueblo en el acto reformatorio o de creación constitucional. Es decir, el eje no es el procedimiento mismo, sino la decisión por parte del pueblo, tratándose de una rigidez afincada en la legitimidad democrática. En otras palabras, «el pueblo es primera y última palabra sobre el ejercicio del poder constituyente». (Medici, 2016, p. 205).

De esta manera, estructuralmente las constituciones del NCL, entre ellas la colombiana, deberán eliminar las formas de modificación constitucional a través de medios representativos, con el fin de evitar el debilitamiento de la capacidad de decisión e interpretación del pueblo en su legítimo ejercicio democrático como poder constituyente. (Medici, 2016, p. 206).

En todo caso, como enuncian Dixon y Stone (2016, p. 102), una rigidez mínima del texto constitucional permite limitar la capacidad interpretativa de los jueces, guiando o encauzando sus interpretaciones. En este punto, no se trata de defender la idea de un constitucionalismo débil, sino de pensar el paradigma de la rigidez de la Constitución bajo un concepto fuerte de soberanía popular. Esto permite un constitucionalismo mayormente colaborativo en aras de desarrollar una práctica popular de la interpretación, restringiendo la

capacidad interpretativa de los jueces a partir de cláusulas específicas y concretas tipo regla, así como a través de mecanismos correctores de su interpretación, como lo es el mecanismo de reforma constitucional (Melero, 2019, p. 71). De esta manera, se trata de una Constitución flexible para el pueblo, pero rígida para los tribunales constitucionales.

4.6.4.- ¿Constitucionalismo popular en Latinoamérica?

Partiendo de la tesis propuesta por Alterio (2016, pp. 158-163), en la que el constitucionalismo popular se sustenta en mayores niveles de participación democrática del pueblo en las decisiones interpretativas que surgen del texto constitucional, esta idea se ha ido asociando al NCL debido a la necesidad de mayores márgenes de interacción del pueblo en el entramado constitucional. Con todo, se presentan como principales características del constitucionalismo popular las siguientes:

1. **Los desacuerdos sobre los derechos**, en los que se debe apelar a procedimientos de toma de decisiones donde todos los interesados confluyan, con el fin de dotar de mayores niveles de legitimidad a la decisión; la necesidad de que toda decisión pueda ser revisable; y el entendimiento de que toda disputa interpretativa de la Constitución termina recayendo en una disputa política, debido al carácter político de la Constitución, lo que la convierte en un objeto revisable por su creador, es decir, por el pueblo como poder soberano. (Alterio, 2016, p. 160).
2. **El constitucionalismo débil**, que propone que las decisiones interpretativas de la Constitución residan en última medida en la voluntad popular, generando un control débil de constitucionalidad donde el legislador tenga la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales, haciendo necesaria la interacción entre el legislador y el juez constitucional para encontrar el sentido de una norma constitucional. (Alterio, 2016, p. 161).
3. **La defensa de la democracia**, pues detrás de la idea de constitucionalismo popular se encuentra una férrea defensa de la democracia y la necesidad de mayores niveles de deliberación democrática en torno a los derechos, en tanto se considera que esta es la mejor forma de protegerlos. (Alterio, 2016, p. 160).

En este sentido, el NCL presenta en sus constituciones diseños institucionales aparentemente intermedios, esto es, un constitucionalismo fuerte, pero con estructuras altamente participativas y no elitistas (Alterio, 2016, p. 163). Sin embargo, a diferencia del constitucionalismo popular, el NCL aún no ha centrado sus esfuerzos en permitir que el pueblo sea entendido como intérprete último de la Constitución. En todo caso, las ideas del constitucionalismo popular en América Latina han sido criticadas de la siguiente forma:

> En primer lugar, gran parte del argumento en contra del control judicial de constitucionalidad se desarrolla en el contexto de democracias consolidadas con sistemas políticos que funcionan relativamente bien. En efecto, una de las principales críticas al control judicial de constitucionalidad asume presupuestos extremadamente abstractos e ideales, que son simplemente imposibles de encontrar en América Latina. En contextos como el nuestro de hiperpresidencialismo y parlamentos más o menos débiles, las objeciones planteadas por los críticos estadounidenses del control judicial de constitucionalidad (entre ellos, a los constitucionalistas populares) deben ser, por lo menos, tomadas con pinzas.
>
> En segundo lugar, si la Corte Suprema inició efectivamente cierto viraje en su aproximación al control judicial de constitucionalidad, lo hizo como consecuencia de la forma en que ella fue interpelada. Fue la sociedad civil organizada la que promovió ese cambio, por medio de los permanentes requerimientos al poder judicial expresados en sus estrategias de litigio. El aumento en las últimas décadas en América Latina de las estrategias de incidencia basadas en discursos y herramientas eminentemente jurídicas resulta significativo, y no debe ser desestimado livianamente. (Álvarez, 2012, p. 125)

No obstante, resulta claro que en muchas ocasiones las políticas públicas de los derechos en Latinoamérica surgen por fuera del sistema de democracia representativa, por cuanto se presenta un fenómeno histórico en el que los poderes representativos han alejado al pueblo de su esfera decisional.

Conviene entonces que el NCL se aleje de la propuesta teórica del neoconstitucionalismo, tratándose de una visión centrada y anclada en la supremacía del poder judicial, negando esta fórmula como medio para descifrar los sentidos de la Constitución. Por eso, el neoconstitucionalismo, como teoría de un pensamiento aparentemente progresista que deposita una excesiva confianza en los jueces para la defensa y protección de la Constitución, de una u otra manera no resulta acorde con el contexto latinoamericano, ya que desconfía de la capacidad emancipatoria del pueblo como poder constituyente, llevando a imponer límites al soberano bajo un modelo de legitimidad de índole sustancial que elimina la posibilidad de que la democracia pueda corregir las imperfecciones del sistema (Alterio, 2014, pp. 239-241). Por eso deberá adoptarse una visión centrada en el derecho de igualdad, buscando generar condiciones de igualdad en sociedades altamente desiguales, situación que los pensamientos eurocéntricos no tienen en cuenta. (Álvarez, 2016, p. 21).

Con esto no se quiere llevar a eliminar todos los postulados en los que se sustenta el control de constitucionalidad. Recordemos, como bien indica Medici (2013, p. 51), que el NCL surge de una disciplina epistemológica que obedece a un pensamiento situado, que tiene notas de originalidad, pero nunca absolutas.

Por ello, el NCL tiene elementos que le son propios al neoconstitucionalismo, como el principio de rigidez constitucional y un control fuerte de constitucionalidad; sin embargo, también integra otros elementos que concurren con el constitucionalismo popular, el cual busca amplificar los espacios de participación democrática. (Vargas, 2021, pp. 52-53).

No olvidemos que el NCL se centra en un constitucionalismo político que representa una idea de autoridad en cabeza del poder constituyente, a diferencia de un constitucionalismo jurídico que resulta ser una teoría de la justicia que entrega a los jueces la capacidad de transformar el orden jurídico por ser aparentemente más aptos para dicha labor. No cabe duda, entonces, de que dentro del marco del NCL, anclado en la defensa del poder constituyente, se deberán buscar nuevas fórmulas y diseños constitucionales que optimicen el valor de la democracia para que los diferentes actores sociales relegados y marginados puedan plantear respuestas a las penumbras interpretativas que surjan.

Por ello, el NCL, preocupado por la legitimidad y soberanía de la Constitución, busca entender al pueblo como verdadero protagonista del entramado constitucional, que además tiene la capacidad de plantear cambios estructurales en la dinámica política.

No podrá olvidarse que el NCL nace a partir de la refundación estatal a través de procesos constituyentes, pero que además integra algunos elementos del constitucionalismo popular con el fin de legitimar la acción de los tribunales constitucionales, entre ellos: (1) la flexibilización de la Constitución; (2) el cuestionamiento de la supremacía judicial a través del control fuerte de constitucionalidad; (3) la posibilidad de que la Constitución sea interpretada extrajudicialmente; (4) un mayor componente democrático en las decisiones judiciales; y (5) la recuperación de las relaciones entre derecho y política.

De esta forma, el constitucionalismo popular busca impregnar de mayor legitimidad democrática los significados constitucionales a través del diálogo popular, restringiendo el espectro decisional de los jueces como élite que no consulta los intereses populares. Así las cosas, el NCL puede concatenar su ontología con sus estructuras normativas de la siguiente manera: (1) flexibilizando el cambio constitucional por el pueblo; (2) dotando de mayores límites a la función de interpretación constitucional por parte de los poderes constituidos; (3) dotando la estructura constitucional de mayores mecanismos para la interpretación de la Constitución; (4) legitimando desde un punto de vista interno las decisiones judiciales; y (5) forjando una interpretación política y jurídica de la Constitución según el sujeto que la realice.

En todo caso, el NCL encuentra como semejanza con el constitucionalismo popular la fórmula de optimización de los valores democráticos a través de la

interacción de los distintos actores sociales en la discusión pública. Del mismo modo, ambas teorías implican dotar de mayor dinamicidad al pueblo, buscando limitar las posturas elitistas que impiden que opere como un verdadero poder soberano. En todo caso, el NCL deberá acoger un modelo interpretativo en el que el pueblo sea la autoridad hermenéutica más importante y pueda desconocer los ejercicios interpretativos de los poderes constituidos cuando estos desborden sus competencias, sirviendo de seguro para el principio de soberanía popular.

Con todo, algunas propuestas en el constitucionalismo popular latinoamericano han buscado implementar mecanismos democráticos que cuestionen las decisiones de los poderes constituidos, pero además insertando elementos que permiten el cambio de poder a través del pueblo como soberano (Mora, 2020, p. 74). Nótese cómo la Constitución Política de 1991 delegó en el pueblo amplias facultades para la reforma de esta, teniendo la posibilidad de derogar los actos reformatorios de la Constitución planteados por el Congreso, modificar la Constitución a través de referendo y convocar a una asamblea nacional constituyente. (Benítez, 2014, p. 16).

Como idea central del constitucionalismo popular en Latinoamérica, se ha buscado reivindicar el papel del pueblo en el ejercicio interpretativo de la Constitución, entendiendo que no son los jueces quienes desarrollan de mejor manera dicha función. Sin embargo, versiones más radicales del constitucionalismo popular no serán compatibles con el NCL, en tanto la eliminación del control de constitucionalidad haría perder las propiedades del constitucionalismo democrático, entendiendo la necesidad de asegurar la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. Es allí donde se hace necesaria la existencia de tribunales constitucionales, pero limitados. Así las cosas:

> En suma, el constitucionalismo popular está basado en la idea de que todos debemos participar en la configuración del derecho constitucional a través de nuestras acciones políticas; otorga un papel central a la ciudadanía en la interpretación de la constitución y descentraliza las visiones dominantes sobre el impacto de las decisiones de los tribunales. (Niembro, 2013, p. 202)

Existe entonces una convergencia entre NCL y constitucionalismo popular, al menos desde un modelo de legitimidad. Bien expone Gargarella (2016, p. 42) cómo las constituciones latinoamericanas han buscado generar una distribución del poder teniendo como eje al pueblo. Es por ello que las nuevas constituciones buscaron acercar al pueblo a la justicia constitucional, revitalizando el poder judicial. De este modo, en Colombia los distintos mecanismos de control de constitucionalidad reforzaron la garantía de los derechos, pero además produjeron un aumento del litigio social, lo que lleva a que la interpretación constitucional adquiera una especial trascendencia en el devenir jurídico del Estado.

4.6.5.- Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular

En este sentido, no puede perderse de vista que tanto el neoconstitucionalismo como el constitucionalismo popular se adscriben a modelos distintos de democracia. El neoconstitucionalismo asume un modelo de democracia sustancial, mientras que el constitucionalismo popular se aproxima a un modelo de democracia deliberativa. En el caso del NCL, se adopta un modelo de democracia participativa que controvierte las condiciones elitistas en las que se desarrolla la justicia constitucional propia del neoconstitucionalismo (Vargas, 2021, p. 61). No obstante, el modelo del NCL no busca abolir el modelo representativo, sino complementarlo con mayores escenarios de participación democrática. (Pazmiño, 2009, p. 30).

En esta línea, el neoconstitucionalismo ha dado prevalencia a una filosofía liberal sobre la democracia, aplicando una teoría del derecho pospositivista y principialista, en la cual las normas tipo principio funcionan como elementos que permiten adoptar decisiones judiciales en uno u otro sentido, al operar como enunciados justificativos (Nieto, 2015, pp. 48-49). Esta concepción liberal del derecho presenta, a su vez, una Constitución rígida y de difícil modificación, lo que representa una idea política según la cual los jueces son los únicos que pueden promover el cambio del orden constitucional, desconfiando de la voluntad popular y llegando a no tomar en serio al pueblo. (Nieto, 2015, p. 50).

No cabe duda de que los modelos actuales de control de constitucionalidad tienen como presupuesto ideas de raíz conservadora y antidemocrática, que entendían que no era necesaria la consulta a la ciudadanía para la toma de decisiones dentro de una sociedad (Flórez, 2011, p. 13). Por ello, cuando se revalida la forma de moldear un sistema constitucional en clave democrática, es menester centrar la interpretación de la Constitución en el pueblo, siendo este quien supervisa y corrige las falencias que puedan tener los tribunales constitucionales. (Kramer, 2004, p. 962).

A decir verdad, la sustracción del pueblo como intérprete de la Constitución reduce al poder constituyente a un acto de mera creación del texto normativo, subordinando su capacidad disruptiva y transformadora de la realidad social a las reglas previamente establecidas por este (Sanín, 2011, p. 99). Esta situación no guarda coherencia con la ontología misma del poder constituyente. La idea puede sintetizarse de la siguiente forma:

> El discurso constitucional permanente retrae al constituyente al espectro representacional del constituido. La forma constitucional atrapa y recluye al constituyente. La corte reconoce que la «autoridad del pueblo es «suprema», pero a renglón seguido determina que la Corte es la que decide, como palabra final, sobre los contenidos mismos de la Constitución, lo cual fuerza la pregunta de si es posible predicar

> algún tipo de supremacía cuando la autoridad que se reconoce como suprema no puede determinar los propios contenidos de su obra y estos quedan desplazados a una autoridad segundaria que tiene la palabra final, fundada por la suprema.(…) De manera que, si lo político está asociado con el poder constituyente y lo jurídico con los poderes constituidos(Wall), y el poder constituyente está definido por el poder de establecer todo paradigma posible de lo político, donde lo político carece de sentido como obra del poder constituido y solo existe como creación del poder constituyente. Entonces, si cualquier agencia del estado constituido se arroga el poder de decisión final sobre el significado de la constitución política ¿Quién es el verdadero poder constituyente? (Sanín, 2011, pp. 102-103)

4.6.6.- La superación de modelos liberales de interpretación

Bajo las anteriores propuestas, el NCL debe romper con una teoría constitucional de tendencia liberal que busca limitar el poder político, incluso el poder constituyente, a través de la reducción de los espacios democráticos de toma de decisiones sobre la modificación, sustracción y alcance de las normas constitucionales. Ello implica reducir la distancia entre gobernantes y gobernados (Colón-Ríos, 2022, pp. 14-15), pero, a su vez, alejar el concepto de poder constituyente del concepto de poder constituido. En este sentido, se expone como crítica:

> La seguridad jurídica corre peligro y el principio de legalidad se desdibuja: la voluntad popular puede alterar el sentido de la Constitución, algo que en la doctrina tradicional del estado de derecho es patrimonio exclusivo de los jueces. Si esta última doctrina podría decantar en la aristocracia de toga y el gobierno de los jueces, la deriva posible del constitucionalismo popular es en una soberanía del pueblo difícilmente limitable y que podría subordinar la Constitución a su voluntad. (Tripolone, 2019, p. 26)

Aun cuando se diga que el Estado de derecho es una contradicción del principio de soberanía popular, es menester precisar que es la soberanía popular la que da sustento a la fuerza normativa de la Constitución. Incluso, es la misma fuerza del poder soberano la que tiene la capacidad de alterar las condiciones jurídicas predispuestas por este. Lo anterior termina traduciéndose en un aligeramiento del Estado de derecho frente a la soberanía popular (Martínez, 2008, pp. 24-45). Ello significa que el Estado de derecho tiene la función de contener al hombre como individualidad y a los poderes constituidos frente al poder constituyente, pero de ninguna manera cuenta con la capacidad de contención del poder soberano.

Así las cosas, la ideología liberal promueve la limitación del poder absoluto, como lo es el poder constituyente. Sin embargo, olvida que este concepto funge, al interior del constitucionalismo, como crisis y tensión constante frente al orden

instituido. Es por ello que la interpretación de la Constitución ha servido como mecanismo de coacción y subversión del poder constituyente: en el primero de los casos, al limitar los mecanismos de participación directa del pueblo; y, en el segundo, a través de las mutaciones a la Constitución como cambio informal que desconoce al poder soberano.

La interpretación en clave liberal ha traído consigo una despolitización del conflicto social, remitiendo las soluciones a unas élites que definen los sentidos de la Constitución sin ningún tipo de límite, pero con el agravante de que limitan los espacios de participación ciudadana para la toma de decisiones (Méndez & Sanín, 2012, pp. 104-106). Así, el modelo liberal anclado en los derechos individuales desconoce el pluralismo que en sí mismo encierra la noción de poder constituyente, tomando como medio el ejercicio interpretativo a cargo de los jueces:

> Es fundamental comprender que el marco de legalidad constitucional que define la labor interpretativa de los jueces y expertos en estos dispositivos antidemocráticos está anclada en una forma particular de libertad, la libertad del liberalismo condensada en la propiedad privada de la tradición kantiana de los derechos naturales como pertenecientes a un sujeto autónomo que se produce fuera de lo social, de la mano de lo que podemos categorizar como una simulación egalitaria que presupone la igualdad entre seres políticamente asimétricos, cuando no la igualdad forzada jurídicamente entre incluidos y excluidos como punto de partida de la protección de los derechos e índice de inclusión al sistema. (Méndez & Sanín, 2012, p. 110)

De este modo, los modelos con cláusulas o enunciados jurídicos demasiado abiertos y vagos, como el modelo normativo de tipo principialista, encubren una agencia política que neutraliza la capacidad transformadora del poder constituyente (Méndez & Sanín, 2012, p. 108), todo ello anclado en una supuesta necesidad técnica que otorga competencia interpretativa exclusiva a los jueces. De la misma manera, un modelo interpretativo en clave liberal privilegia los derechos individuales y conduce al establecimiento de fórmulas hermenéuticas como la ponderación, pero con un efecto aún más preocupante: el vaciamiento de los derechos de participación, impidiendo la asunción del poder constituyente como intérprete de la Constitución y olvidando, además, el carácter de derecho constituyente que implican los derechos a la participación. (Noguera & Navas, 2016).

4.6.7.- Por una interpretación popular de la Constitución

Medici (2016, pp. 184-185), al abordar la interpretación constitucional desde el poder constituyente, la explica a través de los conceptos de fetichismo y encriptación constitucional. Así las cosas, en la teoría constitucional contemporánea

se contempla una ideología de la interpretación que vislumbra una especie de fetichismo al entender que el dinamismo debe darse a través de la interpretación constitucional, haciendo que los tribunales constitucionales adquieran una especial relevancia. Es así como la Constitución se ha convertido en un espacio cerrado para las élites, donde, por el contrario, el pueblo tiene un acceso limitado a su cambio.

En este caso, se da un proceso de encriptación constitucional que restringe el ámbito de participación del pueblo en la interpretación de la Constitución. En todo caso, el encriptamiento de la Constitución por las élites económicas y sociales busca que esta sea interpretada como un mero texto normativo, desconociendo su faceta política y adoptando una dimensión técnica reservada a dichas élites. Así, la técnica constitucional utilizada busca invisibilizar los mecanismos de participación ciudadana y contener las transformaciones sociales. Al respecto, una Constitución encriptada puede ser conceptuada de la siguiente forma:

> La constitución encriptada supone, en primer lugar, un enmarañamiento progresivo del lenguaje de la interpretación de la constitución y la ley que lo arrebata del sentido y los saberes comunes hasta convertirlo en capital exclusivo de expertos. En segundo, un desplazamiento de las líneas de decisión donde sucesivamente las decisiones suceden cada vez menos en foros políticamente abiertos y cada vez más en foros de expertos sustraídos de la más elemental regla de la responsabilidad y las discusiones públicas. (Méndez & Sanín, 2012, p. 111)

Considero entonces que el modelo interpretativo deberá ser dual, en el entendido de que se trata de una interpretación jurídica, pero también política, según el agente que realice la interpretación. Así, tratándose del intérprete sustituto, se trata de una interpretación jurídica por ser una actividad limitada por el constituyente, en donde el juez constitucional deberá actuar bajo los límites expuestos por el poder soberano. Mientras que, cuando la interpretación sea realizada por el pueblo, será una interpretación política que no se encuentra sujeta a límites.

De esta forma, una posible encriptación constitucional no sustraería las dimensiones del poder constituyente, en tanto las técnicas de interpretación no son límites al pueblo. Bajo este postulado se explica la relación conceptual entre poder constituyente y poder constituido (Roznai, 2020, p. 213) en referencia a la interpretación, pues la interpretación realizada por los poderes constituidos siempre es jurídica y limitada, es decir, siempre subordinada al poder soberano. En consecuencia, su capacidad interpretativa dependerá de los criterios y límites que fije el poder constituyente.

Así, la interpretación del intérprete sustituto es una interpretación jurídica que se caracteriza por ser apolítica, ya que el carácter político pertenece al pueblo.

Sin embargo, el juez democrático deberá promover la defensa de los derechos constitucionales de las clases oprimidas a través de las cláusulas de preferencia expuestas, tratándose de una función independiente de los intereses de las clases dominantes (Ferrajoli, 1978, pp. 197-216). De este modo, una interpretación plural de la Constitución puede acercarse a lo dicho por Attard (2023, p. 357), en cuanto se deberá buscar un modelo polifónico de justicia constitucional que permita una construcción plural de los significados de la Constitución. Sin embargo, la construcción de estos significados debe alejarse de procesos dialógicos en los que los jueces ocupen la centralidad del dinamismo del ordenamiento. Así, la evolución y progresividad de los derechos debe provenir del pueblo como poder constituyente, siendo este el primer y último intérprete de la Constitución.

Un modelo polifónico preocupado por la legitimidad del ordenamiento jurídico no puede sustentarse en el activismo judicial por dos argumentos principales: (1) por el adormecimiento del poder constituyente en las decisiones políticas que pueden implicar la interpretación constitucional, debido a que la asunción de tales funciones por parte del tribunal constitucional no incentivaría al pueblo a articularse a la institucionalidad a través de mecanismos de participación, sustrayendo esta competencia del poder soberano; y (2) por el peligro de que el activismo del tribunal constitucional no solo sea de índole progresista, sino que pueda asumir una posición regresiva en materia de derechos.

En cualquier caso, una interpretación constitucional en clave constituyente es un ejercicio limitado y guiado por el poder soberano. Por ello, en aquellos casos en los que exista una zona de penumbra sobre los derechos en juego, siempre le quedará la posibilidad al poder constituyente de definir los sentidos de la Constitución, incluso modificar las reglas propuestas por el tribunal constitucional. La interpretación en el NCL se tratará, entonces, de una actividad tanto cognitiva como volitiva, por cuanto la primera de estas características estará asociada a la decisión del poder constituido, mientras que el aspecto volitivo se predicará de la interpretación popular.

Es claro, entonces, que un modelo de interpretación como el del NCL no cae en una especie de positivismo ingenuo, ya que considera que existen eventos en los que, por la connotación del problema interpretativo, se hace necesaria la adopción de criterios subjetivos para definir los sentidos de la Constitución. Sin embargo, dicha decisión podría quedar, en últimas, en manos del poder constituyente. Asimismo, discute las facetas escépticas de la interpretación al imponer límites a la actividad interpretativa de los jueces constitucionales. (García Amado, 2006, p. 171).

De una u otra manera, la interpretación constitucional en el NCL se trata de una actividad parcialmente reglada, debido a que los jueces deberán realizar esta actividad a partir del mismo ordenamiento y de la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. El juez constitucional debe privilegiar la seguridad jurídica del sistema en aras de no subvertir los límites impuestos por el constituyente; mientras que, frente a la interpretación del pueblo, dicha actividad no se encontrará sujeta a ningún límite.

En todo caso, *mutatis mutandis*, como bien indica García Amado (2004, p. 55), cuando el juez se vea en una situación de penumbra, serán los criterios de interpretación previamente establecidos por el constituyente los que otorguen legitimidad a la decisión judicial. Incluso cuando, después del uso de los criterios de interpretación, persista la duda, deberá escogerse aquel significado que cuente con más razones para defenderse, buscando que este refleje de la mejor manera posible la voluntad popular.

Sin lugar a dudas, la promoción de la eliminación de una supremacía judicial por parte del constitucionalismo popular conlleva una construcción colectiva de la Constitución a través de la voluntad colectiva, en la que el pueblo, además de ser el órgano creador de la Constitución, reasume su papel como intérprete de esta. De este modo, en modelos de Constitución como los del NCL, apoyados en la noción de soberanía popular, se requiere necesariamente que el pueblo ejerza como primer intérprete de la Constitución, pero diferenciándose del papel que cumple el tribunal constitucional como garante del texto normativo.

Así las cosas, el pueblo como intérprete constitucional tendrá un papel positivo que busca desarrollar los contenidos constitucionales e incluso modificarlos, mientras que el juez constitucional tendrá una función negativa respecto de los demás poderes constituidos, al impedir que estos desconozcan la voluntad popular. Es decir, las facultades de los tribunales constitucionales quedarán limitadas a la anulación de las normas infraconstitucionales que pudieran expedir los demás poderes públicos, sin tener con ello una capacidad de creación normativa.

No puede negarse, entonces, la existencia de discrecionalidad judicial en la labor del intérprete, lo que hace necesaria la adopción de límites a la actividad interpretativa e, incluso, la definición del pueblo como último intérprete.

> Del mismo modo, es necesario emplear elementos como la presunción de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, que reduzcan el carácter antidemocrático que conlleva el control de constitucionalidad. Se busca que, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la norma, se privilegie el sentido que favorezca su continuidad en el ordenamiento jurídico. Así las cosas:

En suma la presunción de constitucionalidad de la ley requiere de razones y argumentos suficientes en contra de esta para declarar su inconstitucionalidad;

de lo contraruim si los argumentos no son suficientes, no son claros, o cabe la posibilidad de una interpretación compatible con la Constitución debe prevalecer la constitucionalidad de la Ley. (Enríquez, 2008, p. 191)

De este modo, los mecanismos de actualización de la Constitución a través de la reforma requieren la imposibilidad de incluir cláusulas pétreas, así como la posibilidad de que esta rejuvenezca mediante procedimientos altamente democráticos de toma de decisiones por parte del pueblo. Sin embargo, la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos en el NCL hace necesario que las facultades de reforma residan en el pueblo y que, por el contrario, la reforma tenga mecanismos que imposibiliten la modificación del texto constitucional por parte de los poderes públicos, haciendo necesaria la participación ciudadana en la aprobación de la reforma.

No obstante, entendiendo las circunstancias fácticas que encierra el ejercicio del poder por parte de órganos constituidos que tienden a restringir las posibilidades de participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y en el cambio constitucional, es necesario prever la revisión periódica de la Constitución e, incluso, la abrogación expresa, atendiendo a los cambios sociales.

Del mismo modo, un modelo interpretativo como el propuesto requiere la adopción de una Constitución a detalle que limite el ámbito interpretativo del juez constitucional. Es por eso que una Constitución a detalle, bajo mecanismos flexibles de cambio constitucional por parte del pueblo, no perdería vigencia al tener prevalencia en una actualidad para la cual fue creada, entendiendo que dejar en manos de los jueces el cambio constitucional desconocería el poder emancipador y transformador que encierra la noción de poder constituyente. (Enríquez, 2008, p. 186).

De este modo, la necesidad de actualidad y eficacia de las normas constitucionales exige anteponer límites a los tribunales constitucionales en sus capacidades interpretativas, desde una esfera interna que concrete una ideología y métodos de interpretación que guíen los significados de la Constitución hacia la voluntad del constituyente. Pero, además de mecanismos de control interno que aseguren el ejercicio de las capacidades interpretativas de los jueces constitucionales, en un sistema que centre la legitimidad de la Constitución en la voluntad popular necesariamente se requiere de mecanismos externos que privilegien la continuidad y permanencia de la soberanía popular sobre las decisiones de los poderes constituidos, integrando mecanismos de participación ciudadana que permitan al pueblo incorporarse a los poderes públicos como límite mismo para ellos, siendo un poder absoluto e ilimitado cuya voluntad deberá ser respetada, pero sin perder eficacia en el tiempo.

Ahora bien, las estructuras normativas que han posibilitado la asunción de criterios de interpretación propios del neoconstitucionalismo han hecho posible que la idea de supremacía constitucional cale en contextos jurídicos que privilegian la voluntad popular sobre cualquier otra. Así, la necesidad de aplicar los contenidos constitucionales ha cercenado las posibilidades interpretativas en cabeza de órganos diferentes al poder judicial (Díez, 2016, p. 193). Es menester indicar cómo ciertas posiciones doctrinarias buscan sembrar miedos en torno a la actuación permanente del poder constituyente en las decisiones políticas de un Estado, entendiendo que este no tiene límite (Díez, 2016, pp. 201-202). Sin embargo, ello es un elemento intrínseco al poder constituyente. De una u otra forma, un modelo interpretativo anclado en la interpretación judicial de la Constitución con ausencia de límites promueve un constitucionalismo autoritativo, en el que las élites controlan los significados de la Constitución bajo un discurso aparentemente proteccionista del orden constitucional. (Niembro, 2016, p. 226).

La Constitución principialista resulta ser un modelo que permite la asunción de la supremacía judicial a través de la interpretación de los tribunales constitucionales como última palabra en materia constitucional. Esta serie de principios pareciera tratarse de cláusulas intangibles que entregan a los jueces la limitación del ejercicio del gobierno democrático (Melero, 2017, pp. 200-201). Incluso, como ya se dijo, las constituciones principialistas pueden declarar como inconstitucionales los mismos mandatos populares insertos en una reforma constitucional.

Por eso, el constitucionalismo deberá desligar la primacía de la Constitución de la supremacía judicial, situando a órganos más democráticos en la hermenéutica constitucional y promoviendo un diálogo constante entre los tribunales y otros órganos con mayor nivel de legitimidad democrática (Melero, 2017, p. 203). Véase cómo las constituciones con normas tipo regla que gozan de un especial componente de especificidad permiten una reducción del ámbito de discrecionalidad en cabeza de los jueces. Esta estructura normativa permite al constituyente encauzar los ejercicios hermenéuticos en cabeza de los tribunales constitucionales.

En este sentido, una versión popular del constitucionalismo es diametralmente opuesta a la teoría del derecho de índole neoconstitucionalista, en tanto expresa su desconfianza hacia los jueces como parte de una élite que puede promover un activismo conservador y, por el contrario, otorga un especial papel al pueblo para que determine los sentidos de la Constitución. (Garriga, 2021, p. 3).

Vale acotar que los mecanismos de cambio constitucional, como la reforma, se encuentran diseñados para promover un mayor nivel de deliberación demo-

crática, probando que existen otros modos para consultar la voluntad popular, incluso recurriendo al mismo creador para encontrar respuestas hermenéuticas más democráticas y haciendo parte a la ciudadanía en la determinación, contenido y alcance de los derechos (Melero, 2017, p. 206). Incluso podemos hablar de que la participación de la ciudadanía en la definición de los derechos se constituye en una precondición de cualquier sistema constitucional que se considere democrático. (Dixon & Stone, 2016, p. 98).

En todo caso, la idea de un constitucionalismo más democrático busca dotar de mayores márgenes de legitimidad democrática al control de constitucionalidad, reservando la posibilidad de ser un último intérprete al legislador, quien precisará el alcance y contenido de los derechos constitucionales. No obstante, en el NCL será el pueblo quien determine de forma última el alcance y contenido de los derechos constitucionales, al ser el único poder soberano con capacidad de modificar los sentidos de la Constitución.

Las competencias de los tribunales se centrarán en mantener incólume la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, esto es, sirviendo de control a los demás poderes públicos. Esto lleva a que los tribunales constitucionales, como la CCC, funjan como verdaderos legisladores negativos frente a los actos contrarios a la Constitución de los demás órganos o poderes constituidos, pero además como órganos que promueven la participación democrática para determinar los alcances de las normas constitucionales.

Y es que los tribunales no pueden tener capacidad de declarar como inconstitucionales las decisiones tomadas por el pueblo bajo el argumento de que este puede errar (Barzotto, 2010, pp. 441-442). Ello sería desconocer su capacidad como poder absoluto y soberano, lo que se traduciría, incluso, en colocar la Constitución por encima del pueblo, es decir, la creación por encima del creador. En todo caso, la idea de que el pueblo funja como intérprete último y reasuma su papel de intérprete auténtico de la Constitución de ninguna manera desconoce la esencia del constitucionalismo, en tanto este debe ser visto como la combinación de procedimientos democráticos para la toma de decisiones frente a un asunto en particular (Bayón, 2003, pp. 217-218). Además, vale recalcar que propuestas como la del constitucionalismo popular también encierran mecanismos no solo plebiscitarios de toma de decisiones, sino que buscan que toda la sociedad participe de forma colectiva en la definición de las cláusulas constitucionales ambiguas. (Garriga, 2021, p. 9).

De esta forma, el constitucionalismo popular comparte con el NCL la idea de confrontar las posiciones elitistas que han predominado en la justicia constitucional, buscando democratizar los espacios de toma de decisiones y revalidar las concepciones propias del constitucionalismo europeo (Garriga, 2021, p. 1).

Pudiera plantearse, además, un modelo de constitucionalismo débil con una versión colaborativa que implique una mínima rigidez constitucional para el pueblo, permitiendo la fijación de enunciados específicos o tipo regla, pero a su vez su modificación cuando el soberano lo considere necesario.

Para Melero (2019, p. 71), este modelo implica que el principio de supremacía constitucional ceda ante una concepción en la que el poder constituyente transmite de manera clara y precisa órdenes a los poderes constituidos, adoptando una concepción fuerte del principio de soberanía popular. En síntesis, se trata de un modelo cuya estructura se sustenta en reglas específicas y flexibles de ser modificadas por el poder constituyente.

Valdrá exponer la posición de Sanín, en cuanto una Constitución debe buscar ser un texto lo más reglamentario posible, con el fin de evitar estratagemas que dificulten la labor hermenéutica del intérprete, impedir que los derechos pierdan sinergia con el mundo real y, además, formalizar de manera precisa los procedimientos democráticos de toma de decisiones por parte de la ciudadanía. (Sanín, 2011, pp. 97-98).

Más allá de una teoría de la Constitución viva, deberá hablarse de un constitucionalismo vivo, en el que la Constitución esté sujeta a cambios y posteriores desarrollos, entendiendo que no son los jueces el eje del desarrollo constitucional, sino el pueblo. En cambio, una visión en la que los jueces son quienes promueven el desarrollo constitucional es una política en la que estos son los dueños de la Constitución, pudiendo subvertir la voluntad popular y la idea de límites a los poderes constituidos. Es por ello que una ideología evolutiva en cabeza de los tribunales constitucionales implica, como idea política, una supremacía judicial en la que el desarrollo constitucional depende únicamente de los jueces. (Chaux, 2020, p. 256).

Esta flexibilidad en el cambio, aunada a un diseño en que las constituciones son predominantemente un conjunto de normas tipo regla que gozan de un especial componente de especificidad, permite una reducción del ámbito de discrecionalidad en cabeza de los jueces. Esta estructura normativa permite al constituyente encauzar los ejercicios hermenéuticos de los tribunales constitucionales.

De la misma forma, una Constitución por reglas específicas tiende a eliminar los conceptos especialmente controvertidos, esto es, conceptos evaluativos en donde el juez se enfrenta a elementos de índole valorativa; elementos complejos que aluden a bienes o estándares sociales; elementos argumentativos que están en constante controversia; y conceptos funcionales que admiten múltiples significaciones. Toda esta clase de elementos hace que en muchas ocasiones los tribunales

constitucionales no encuentren la respuesta correcta, aunque su interpretación sí sea la última palabra en materia constitucional. (Iglesias, 2000, pp. 78-103).

A pesar de que Melero (2019, p. 85) critica un modelo de constitucionalismo como el propuesto, debido a que la estructura constitucional a partir de reglas pudiera fomentar un mayor grado de intervención de los tribunales constitucionales en la legislación, es decir, en la función legislativa, dicha crítica debe ser matizada. En efecto, una Constitución a detalle reduce el margen del legislador para desarrollar los contenidos constitucionales, convirtiéndolo en mero ejecutor de la voluntad popular. Sin embargo, dicha crítica puede tener sustento en un modelo constitucional anclado en un ejercicio de democracia representativa que resulta contradictorio con la ontología propia del NCL, donde el pueblo tiene un mayor nivel de participación en la configuración y desarrollo de los contenidos constitucionales, revalidando un modelo constitucional que privilegia el ejercicio de la democracia participativa.

En todo caso, un constitucionalismo débil no conlleva eliminar el papel de los tribunales constitucionales como intérpretes de la Constitución, sino que se trata de un modelo que permite cuestionar, cuando sea necesario, una interpretación constitucional por ser contraria a la voluntad popular.

En este sentido, las decisiones de la CCC pueden tener una connotación de verdaderas o falsas, siendo un juicio político en el que su decisión debe estar lo más acorde posible con la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Esto es así porque siempre un poder constituido podrá desbordar las competencias otorgadas por el constituyente, por lo que se hace necesaria la adopción de mecanismos de corrección de este tipo de actuaciones. No es lógico, por ello, que unos poderes constituidos sean sujetos de control por actuaciones contrarias a la Constitución, mientras que otros poderes no ostenten ningún tipo de control, ni siquiera por parte del propio soberano.

Estructuralmente, Barzotto (2010, pp. 443-444) señala que el guardián de la Constitución debe ser un órgano de carácter contramayoritario, independiente de la mayoría; colegiado y deliberativo, capaz de corregir sus opiniones con otras opiniones; político, respecto del cual no se predica cosa juzgada, lo que implica que no existan decisiones finales; y revisor, en tanto puede determinar cuándo un juicio es falso. Por ello, la legitimidad democrática del tribunal se da desde su forma de elección y su carácter contramayoritario, que defiende un modelo de democracia sustancial.

No obstante, en el NCL la idea de guardián de la Constitución democrática debe ser replanteada, entendiendo que se trata de un órgano contramayoritario, pero sujeto a la voluntad popular. Es decir, será contramayoritario cuando las decisiones se den a través de mecanismos de democracia representativa en los que

los representantes del pueblo muchas veces no consultan la voluntad popular. Además, el carácter colegiado y deliberativo puede representar una mayoría ideológica dentro del tribunal constitucional, según la forma de elección de sus miembros.

Es evidente que, al ser un órgano político, sus decisiones no tendrán la connotación de última palabra, en tanto el pueblo como poder soberano siempre tendrá la posibilidad de modificarlas. Finalmente, podrá determinar cuándo un juicio de un poder constituido es falso por ser contrario a la voluntad popular, aunque solo al pueblo le corresponde proferir aquellos juicios de valor (Barzotto, 2010, p. 444). Esto conlleva que los tribunales constitucionales solo tengan una capacidad negativa o de anulación de los actos contrarios a la Constitución, pero nunca puedan amplificar o restringir el alcance de los derechos, siendo esta función únicamente del poder soberano.

Esto se explica entendiendo que la Constitución es un texto político cuya fuerza vinculante se encuentra supeditada a su creación por parte del pueblo como poder soberano. Así las cosas, al tratarse los asuntos constitucionales de aspectos políticos, la respuesta más correcta la tendrá la mayoría política.

A contrario sensu, un constitucionalismo anclado única y exclusivamente en la interpretación de los jueces conlleva a un constitucionalismo elitista que aleja al pueblo de las decisiones que corresponden a su órbita competencial como poder soberano. Por ello, se hace necesario redefinir la idea de los tribunales constitucionales como únicos intérpretes de la Constitución y eliminar el monopolio interpretativo en manos de los jueces, posibilitando la participación del pueblo en el desarrollo constitucional. De este modo, un modelo interpretativo anclado ya no solo en los jueces posibilita un escenario más democrático, en el que el pueblo es el actor principal en la definición del contenido, alcance y limitaciones de los preceptos constitucionales más importantes.

Dejar en manos de los jueces las decisiones más importantes en torno a los derechos constitucionales implica no solo alejar a otros poderes constituidos, sino vaciar las competencias propias del pueblo como poder constituyente (Godoy, 2016, p. 179). Ello implica también la eliminación de la deliberación popular respecto de aquellos aspectos que tienen especial trascendencia constitucional, en tanto a través de una decisión judicial se pone fin a un asunto que podría tener una especial connotación política.

Reivindicar el papel del pueblo como intérprete de la Constitución conlleva entender la Constitución como un texto popular que debe ser acordado por el pueblo, evitando que sea tratado como un documento técnico cuando es el pueblo quien define sus contenidos. De esta forma, el primer guardián de la Constitución resulta ser su propio creador (Godoy, 2016, pp. 168-187). La

interpretación de la Constitución requiere de una verdadera política democrática que permita que la concretización de los derechos constitucionales se dé bajo una lógica de abajo hacia arriba. Al respecto podría señalarse:

> En una sociedad que se pretenda democrática e igualitaria (…) la tarea de interpretar la Constitución, definir el contenido, los alcances y límites de sus previsiones, debe ser una tarea conjunta y compartida por el pueblo en el ejercicio de su ciudadanía, por cada rama de poder según sus competencias y por las instituciones de acuerdo con sus funciones. Aunque haya disensos sobre el contenido y significado de los derechos, se puede y se debe alcanzar al menos un acuerdo sobre el procedimiento que ca a definir el valor y el alcance de estos derechos. De esta manera, es posible concebir al procedimiento democrático como una condición necesaria de legitimidad de la decisión, pues los derechos que fundamentan dicho proceso, la satisfacción de estos derechos, definirán el valor epistémico y también, consecuentemente, la legitimidad del proceso democrático- deliberativo. (Godoy, 2016, p. 179)

Es por ello que soberanía popular, participación e interpretación constitucional deben ser conceptos concatenados, con el fin de brindar soluciones al déficit democrático que puede implicar la última palabra del juez constitucional. Debe formularse una concepción en la que el pueblo sea el creador y originario intérprete de la Constitución democrática, pudiendo concretizar sus significados a través de escenarios de mayor participación ciudadana. En este sentido: «(…) el pueblo es el acto de las principales transformaciones sociales que se llevan a cabo; si aporta y participa «desde abajo» para darle solución a su problemas del día a día y del mañana». (Méndez & Cutié, 2010, p. 111).

En el ámbito interpretativo, el NCL debe apostar por la garantía de la voluntad constituyente plasmada en el texto constitucional, buscando constituciones reglamentarias y rígidas para los poderes constituidos, que congelen la voluntad popular en el texto constitucional y eviten cualquier modificación sin la aquiescencia del poder constituyente. No cabe duda de que, como indica Starck (2003, p. 490), el poder de una Corte Constitucional reside en su capacidad de interpretación. Por ello, las decisiones de los tribunales constitucionales deben prever la garantía de que las decisiones de los demás poderes públicos y del pueblo como poder constituyente tengan espacios suficientes para ser respetadas.

Por eso, las decisiones interpretativas de los jueces deben alejarse de un plano creador y acercarse a un modelo de legislador negativo. De esta forma, el modelo de interpretación de las leyes no puede resultar ajeno a la interpretación constitucional, en tanto el juez constitucional debe estar sometido a las palabras y al criterio gramatical del texto constitucional, evitando interpretaciones que rebasen el significado natural de los enunciados lingüísticos utilizados por el

constituyente. Del mismo modo, las decisiones de los tribunales deben tener controles internos. En todo caso, es necesario eliminar cualquier faceta activista interpretativa de los tribunales que no se sujete a las reglas de interpretación establecidas por el constituyente.

Asimismo, es necesario eliminar la completa libertad del intérprete constitucional, impidiendo que este escoja libremente los métodos y técnicas de interpretación al momento de aplicar un contenido constitucional, entendiendo que la Constitución, como norma jurídica que subyace de la voluntad popular, tiene límites que deberán ser respetados por los poderes instituidos. Con todo, el texto constitucional resulta ser un texto político para el creador, es decir, un texto modificable y sin límites para el poder constituyente; *a contrario sensu*, es un texto jurídico para los poderes constituidos, estableciéndose límites para su interpretación y modificación.

Conclusiones

1. Indudablemente, el NCL, como teoría de la Constitución, busca dotar de amplios elementos democráticos a la justicia constitucional, con el propósito de superar obstáculos de índole elitista que han promovido la crítica al control de constitucionalidad y a sus implicaciones. Por ello, el NCL centra especial atención en la legitimidad de los textos constitucionales, tanto respecto del momento de creación de la Constitución como del papel que juega el pueblo, en cuanto poder constituyente, en su origen.
2. Bajo esta primera idea, las constituciones del NCL, debido a su origen democrático, contienen elementos ampliamente democráticos, revolucionarios y emancipadores. Estos buscan articular mayores mecanismos de participación democrática en la justicia constitucional, entre ellos: la inclusión de procedimientos más democráticos para la elección de jueces constitucionales; el carácter popular de las acciones constitucionales; la incorporación de una amplia variedad de derechos constitucionales; y la integración de normas de derecho internacional para la protección de los derechos humanos, entre otros. No obstante, a pesar de la inclusión de estos elementos, la interpretación de la Constitución ha sido objeto de múltiples críticas y señalamientos frente al carácter ilegítimo y antidemocrático de los jueces constitucionales para definir los sentidos de la Constitución. Es allí donde han surgido teorías tendientes a formular críticas al control de constitucionalidad, centradas principalmente en el carácter incontrolable de la interpretación constitucional y en la eventual suplantación del poder constituyente.
3. En este sentido, los elementos propios del NCL han buscado reformular los conceptos clásicos del Estado, mediante una ampliación de derechos, la modificación de las estructuras institucionales de índole constitucional y el viraje de un modelo de democracia representativa hacia un modelo más cercano a la democracia participativa. Para ello, se han implementado múltiples mecanismos de participación ciudadana orientados a integrar al pueblo en el andamiaje institucional una vez finalizado el proceso constituyente.
4. El NCL y el neoconstitucionalismo confluyen en las constituciones latinoamericanas frente a su carácter normativo. Esto es, el NCL ha incorporado el modelo normativo del neoconstitucionalismo, lo cual ha propiciado un

amplio margen de discrecionalidad en los jueces y ha contribuido a desdibujar límites claros y precisos que garanticen la voluntad popular. Sin embargo, estos dos modelos se diferencian en el plano político, en tanto el NCL centra su atención en la idea de poder constituyente y supremacía popular, mientras que el neoconstitucionalismo centra su eje en la supremacía judicial.

5. La supremacía constitucional en el NCL requiere una dimensión formal y material que asegure la aplicación de los derechos constitucionales, pero que además legitime a los poderes públicos y sirva como límite a su actuación. Esto hace necesario que el sistema de control de constitucionalidad implemente elementos orgánicos y sustantivos que irradien un especial componente democrático legitimador del control de constitucionalidad.
6. El NCL ha adoptado un sistema predominantemente concentrado de control de constitucionalidad, que refuerza la idea del tribunal constitucional como guardián de la Constitución y como órgano encargado de asegurar la garantía de los derechos constitucionales propugnados por el poder constituyente.
7. Las constituciones del NCL han traído consigo diversas innovaciones democráticas que permiten articular las ideas de soberanía, democracia y justicia constitucional. Con ello se atribuyen verdaderos mecanismos de defensa al pueblo frente a los poderes públicos y frente a los cambios que pudieran plantearse sobre la obra del constituyente.
8. Como mecanismo sustantivo que irradia un especial componente democrático en el sistema de control de constitucionalidad del NCL, el constituyente ha buscado implementar una legitimación en la causa de carácter popular que permita al pueblo ser el primer defensor de su creación. No obstante, los poderes constituidos, vía jurisprudencia, han morigerado ese carácter popular de las acciones constitucionales y han restringido el acceso del pueblo a ellas.
9. El órgano constitucional con más competencias constitucionales asignadas es la CCE, siendo el sistema constitucional ecuatoriano aquel que concentra en mayor medida su control de constitucionalidad. Mientras tanto, los sistemas constitucionales venezolano y colombiano resultan más complejos debido a la desconcentración de controles en otros jueces y autoridades.
10. La acción pública de constitucionalidad, como referente para la defensa de la soberanía popular por parte del mismo pueblo, constituye un referente propio del constitucionalismo democrático y del NCL, en tanto convierte al pueblo en un verdadero actor político que protege su obra constitucional frente a los poderes constituidos. Lo anterior se explica por la necesidad de controlar a los poderes públicos frente a posibles abusos y extralimitaciones que propendan a amplificar sus competencias. Sin embargo, los poderes

constituidos han sustraído el carácter popular de la acción pública de constitucionalidad a través de estratagemas jurídicas que impiden un acceso real del pueblo a la justicia constitucional.

11. El NCL ha buscado dotar de mayores márgenes de independencia y legitimidad a los tribunales constitucionales. Sin embargo, la mayoría de estos se han visto fuertemente politizados por los mecanismos de elección adoptados inicialmente por el constituyente, lo que ha ocasionado un desvanecimiento del margen democrático de sus decisiones al convertirse en tribunales al servicio de los demás poderes políticos y que no consultan el clamor popular. En principio, el modelo de elección más democrático resulta ser el boliviano; no obstante, este se ha visto fuertemente afectado por los cambios introducidos por los poderes constituidos, los cuales impactan la legitimidad de la selección. Por todo ello, se hace necesario dotar a estos procedimientos de selección de mecanismos de participación ciudadana en los que el pueblo intervenga activamente y otorgue un mayor nivel de legitimidad democrática a la elección de los miembros de los tribunales constitucionales en el NCL.
12. El NCL adoptó un modelo normativo y jurisdiccional neoconstitucionalista, caracterizado por ser elitista, en el que los jueces constitucionales prevalecen sobre los demás poderes públicos, inclusive frente al mismo pueblo, sustrayendo al poder constituyente su competencia como máximo defensor de la Constitución. En todo caso, no se puede perder de vista que los múltiples mecanismos de protección del texto constitucional tienen un especial componente emancipador y transformador de la realidad social, pues ponen en discusión las grandes luchas sociales que los poderes constituidos han obviado.
13. Ontológicamente, el neoconstitucionalismo y el NCL tienen finalidades diferentes, ya que el primero tiene como fin primordial la garantía de los derechos fundamentales, mientras que el segundo tiene como finalidad la transformación de la sociedad a través de criterios igualitarios y emancipatorios. Así las cosas, las finalidades de cada doctrina nacen en contextos totalmente disímiles y responden a finalidades políticas diversas.
14. El NCL y el neoconstitucionalismo asumen postulados normativos orientados a la justicia material, apelando a normas tipo principio sobre las reglas. También es cierto que el NCL se diferencia del neoconstitucionalismo en que el primero entiende que la concreción de los derechos se encuentra conectada con el carácter político de la Constitución, mientras que, en el caso del neoconstitucionalismo, dicha conexión se da desde la moral. Por lo anterior, la interpretación en el neoconstitucionalismo estará guiada por

una faceta eminentemente moral, mientras que en el NCL estará guiada por una faceta política que privilegia el carácter democrático de la Constitución.

15. El NCL y el neoconstitucionalismo tienen como principales características comunes la fuerza vinculante de la Constitución, un alto nivel de sobreinterpretación constitucional y una fuerte influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, lo que denota la constitucionalización misma del ordenamiento jurídico.
16. Las constituciones del NCL prevén listados extensos de derechos que buscan atacar el clásico nominalismo normativo del constitucionalismo liberal. Además, estas constituciones se encuentran plagadas de elementos simbólicos con un especial componente político, orientados a innovar y articular espacios de participación popular en el momento posconstituyente. De cualquier manera, a pesar de que la extensión de los textos constitucionales del NCL evoca una constitución reglamentaria, este tipo de constitución resulta contradictoria con la tipología normativa propia de estos textos, anclados en principios jurídicos que terminan siendo inefectivos dado el amplio margen de interpretación que tienen los jueces constitucionales para su aplicación.
17. Los textos constitucionales del NCL resultan innovadores, en tanto incorporan elementos novedosos frente a la estructura del Estado, pero también elementos de índole sustantiva que rompen con las estructuras constitucionales fundacionales. Se trata de una visión rupturista del orden social establecido, con una especial vocación transformadora de la realidad.
18. El neoconstitucionalismo encierra una idea de poder que impide diferenciar plenamente un modelo de control concentrado de un modelo difuso, dados los amplios márgenes interpretativos de los jueces constitucionales y ordinarios. Esto conlleva que se desdibujen las barreras estructurales y funcionales establecidas por el constituyente, lo que en muchas ocasiones debilita el papel del legislador e incluso del mismo pueblo.
19. La ponderación, como medio para la resolución de conflictos normativos entre principios jurídicos, termina por amplificar el margen de discrecionalidad de los jueces y ocasiona el debilitamiento del carácter normativo de la Constitución. Además, la ponderación refuerza ineludiblemente el papel normativo de los jueces a través del cambio del sistema de fuentes, con el fin de blindar el acatamiento de sus decisiones judiciales mediante la jurisprudencia como fuente primaria, incluso en contra del tenor literal de la norma.
20. Los amplios poderes normativos de los jueces, mediante la jurisprudencia como fuente primaria de derecho, otorgan una faceta creativa en manos de los jueces que posibilita la modificación del contenido de los textos consti-

tucionales y el desvanecimiento del principio democrático y de separación de poderes. Con ello se amplifica el poder de los jueces en el sistema político en detrimento de los demás poderes constituidos y del mismo poder constituyente.

21. Las mutaciones constitucionales se constituyen en mecanismos de cambio de la Constitución por vías informales a través de la interpretación constitucional, lo cual se convierte en una patología propia del sistema constitucional imperado por principios. Por esto, es menester poner de presente que la interpretación de la Constitución, al tener un especial componente jurídico, debe estar sujeta a límites y controles por parte del poder constituyente, que legitima el accionar de los tribunales constitucionales.
22. En América Latina se han presentado múltiples cambios constitucionales dirigidos a favorecer a los poderes políticos y consolidar proyectos autoritarios, los cuales han sido avalados por decisiones judiciales contrarias a las mismas constituciones y que han sustituido la voluntad popular a través de modelos interpretativos anárquicos, sin mayores límites para los jueces y con ausencia de controles a los órganos jurisdiccionales.
23. Aun cuando el poder soberano ha intentado aminorar las críticas en torno al carácter contramayoritario de la justicia constitucional y a su carencia de legitimidad democrática, los poderes constituidos —entre ellos, los tribunales constitucionales— se han encargado de desarticular dichos mecanismos. Esto se ha traducido naturalmente en un elitismo constitucional que rompe con el especial componente popular y democrático de la justicia constitucional en el NCL. Nótese cómo elementos como la selección de jueces o el carácter popular de las acciones constitucionales han sido desarticulados vía legislativa y jurisprudencial, con el fin de alejar al pueblo de los escenarios de poder.
24. Conforme a lo anterior, los jueces constitucionales no han sido ajenos a la ampliación de sus poderes y competencias atribuidas por el poder soberano, en tanto en múltiples ocasiones, vía interpretación constitucional, han desconocido de manera flagrante los sentidos constitucionales atribuidos por el constituyente a determinados preceptos. Es por ello que múltiples mecanismos democráticos han sido desarticulados o, por lo menos, morigerados, con el fin de coartar y restringir la capacidad emancipatoria del pueblo. Y es que, aun cuando los constituyentes latinoamericanos en sus últimas creaciones han estipulado cláusulas directas y específicas para interpretar la Constitución, estas han sido insuficientes por su carácter general y vago, así como por carecer de reglas secundarias de interpretación.

25. Así, la interpretación constitucional sin límites degenera inexorablemente en mutaciones constitucionales, constituyéndose en una falla del sistema constitucional que no solo subvierte la voluntad soberana plasmada en el texto constitucional, sino que además cercena la posibilidad del cambio constitucional por vías democráticas. De este modo, en los sistemas jurídicos del NCL han sido frecuentes los cambios de sentido del texto constitucional con el fin de mutar la Constitución vía interpretación constitucional, lo que ha traído, a su vez, desbalances institucionales dentro del sistema. Tómese en cuenta la figura de la reelección presidencial en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, sustentada en la amplificación de los periodos del jefe de Estado de cada nación. Por eso, la ausencia de límites interpretativos a los jueces constitucionales ha degenerado en mutaciones constitucionales que resultan contradictorias respecto de la ontología propia del poder constituyente en la que se sustenta el NCL.
26. Nuevamente se reitera que, aun cuando los constituyentes del NCL hayan intentado limitar la interpretación de los tribunales constitucionales desde un punto de vista interno, en contextos como el colombiano dichas limitaciones son inexistentes. Por eso se pone de presente que, aun cuando existen cláusulas de interpretación, estas deben ser articuladas bajo una ideología propia de la interpretación y mediante métodos que permitan al intérprete asegurar la voluntad del pueblo como poder soberano. Esto se traduce en que, en cualquier escenario constitucional, los jueces deben contar con cláusulas interpretativas de la Constitución que se articulen a una ideología propia del poder constituyente, orientada a conservar la voluntad del pueblo plasmada en el texto constitucional, pero que además promueva cambios constitucionales solo por vías democráticas, proscribiendo con ello las modificaciones informales de la Constitución o aquellas realizadas vía interpretación constitucional.
27. En el contexto colombiano, carente de cualquier cláusula de interpretación constitucional, han sido los jueces, con amplia libertad, los encargados de diseñar un amplio espectro de técnicas interpretativas. No obstante, dichas técnicas están dirigidas a un modelo constitucional principial que relega las reglas a un segundo plano y, por el contrario, define a los principios jurídicos como normas predominantes y de mayor jerarquía. En este punto vale hacer énfasis en que la teoría del neoconstitucionalismo, anclada en el derecho por principios, conlleva a su vez la asunción del juez constitucional como único y supremo intérprete de la Constitución, contrariando de manera explícita la teoría y los fundamentos del NCL. Es por eso que el NCL, según su

estructura normativa de tipo principial, ha tenido que hacer uso de técnicas interpretativas propias del neoconstitucionalismo.

28. El NCL presenta dos modelos de interpretación. En un primer momento, constituciones como la colombiana y la venezolana no cuentan con criterios o cánones de interpretación que dejen de limitar la libertad de los jueces para interpretar los contenidos y preceptos de la Constitución. En un segundo momento, el NCL, en las constituciones de Ecuador y Bolivia, ha adoptado un modelo limitado de interpretación constitucional, en el cual el juez se encuentra circunscrito a los criterios de interpretación fijados por el constituyente. Bajo este panorama, los constituyentes ecuatoriano y boliviano han escogido un modelo interpretativo sujeto al tenor literal e histórico de la norma, buscando preservar la voluntad del creador de la Constitución y entendiendo que el constituyente debe estipular este tipo de cláusulas para cohibir al intérprete de extralimitarse en sus funciones. Por esta razón, se trata de un modelo interpretativo en el que los tribunales constitucionales fungen como intérpretes auténticos sustitutos, donde el juez constitucional tiene un papel secundario respecto del poder constituyente, ya que este último es el único intérprete auténtico como poder creador y soberano.
29. Bajo el anterior modelo interpretativo, anclado en la idea y concepto del poder constituyente, se acoge una ideología interpretativa originalista que busca preservar los sentidos de la Constitución popular, tratando de impedir que el juez constitucional realice cambios constitucionales informales por vía de interpretación constitucional. De esta forma, el excesivo poder en cabeza del juez constitucional termina por generar un traslado de las competencias constituyentes del pueblo hacia el juez constitucional, lo que afecta el principio de soberanía popular y genera fuertes desequilibrios institucionales en la Constitución. Por esta razón, el juez constitucional con capacidad de mutar la Constitución resulta contrario a la ideología de la Constitución democrática, anclada en la idea del poder constituyente en cabeza del pueblo como eje y epicentro del poder estatal.
30. Bajo esta idea, las mutaciones constitucionales devienen de las amplias y discrecionales capacidades interpretativas de los jueces constitucionales, situando al juez constitucional como actor de transformación de la realidad social a partir de sus fallos. Sin embargo, esa traslación de la capacidad transformadora y emancipatoria genera indefectiblemente un adormecimiento de las capacidades transformadoras del pueblo desde la Constitución.
31. Frente a las mutaciones constitucionales es clave indicar que se trata de una falla del sistema por la extralimitación de las funciones interpretativas del juez constitucional, en tanto los tribunales dan un alcance diferente al

previsto por el constituyente y, además, sustraen al poder constituyente y a otros poderes con mayor legitimidad democrática la posibilidad de realizar cambios constitucionales por vías democráticas e institucionales. Esto se constituye en una falencia del sistema que coarta al pueblo la posibilidad de realizar cambios constitucionales por vías formales y democráticas. En este sentido, las mutaciones constitucionales resultan contradictorias con la ontología propia del poder constituyente, en tanto entregan a los jueces la capacidad de crear derecho sin la aquiescencia del poder soberano e incluso les permiten desconocer la voluntad del pueblo plasmada en el texto constitucional.

32. Las constituciones creadas a partir de procesos democráticos, pero sin mecanismos reales y participativos de reforma constitucional, con el paso del tiempo dejan de ser constituciones democráticas y permiten que los jueces constitucionales asuman un papel de poder constituyente a través de la interpretación constitucional. Por lo anterior, las constituciones no solo deben ser democráticas por su forma de creación, sino que además deben contemplar mecanismos mediante los cuales el pueblo pueda modificar sus contenidos constitucionales según las necesidades propias de cada época. Por ello, de una u otra manera, la disputa entre originalismo y *living Constitution* en el marco de una Constitución democrática es contradictoria en sí misma, debido a que la Constitución democrática articula mecanismos de reforma de naturaleza participativa en los cuales el pueblo asume una función de poder constituyente permanente.
33. Aparejado a lo señalado, las constituciones que erigen como máximo intérprete de la Constitución a un órgano jurisdiccional o a un tribunal constitucional nunca podrán interpretarse en el sentido de que esta autoridad sea el único intérprete. Ello debido, principalmente, a que en virtud del principio de soberanía popular y del principio democrático, el pueblo debe integrarse a la interpretación constitucional como intérprete último, teniendo la necesidad de que la Constitución incorpore mecanismos de reforma constitucional por vía democrática popular.
34. En el NCL, las mutaciones constitucionales han sido frecuentes debido a la incrustación de un modelo interpretativo teórico cercano al neoconstitucionalismo, que centra la labor interpretativa de la Constitución en los jueces y remueve cualquier faceta interpretativa del pueblo. Bajo la idea de supremacía constitucional y garantía jurisdiccional de la Constitución, los jueces constitucionales han mutado la Constitución vía interpretación, teniendo como eje común en el NCL la reelección presidencial, la amplificación de los poderes del presidente y el fortalecimiento del hiperpresidencialismo

latinoamericano. Todo ello ha generado un desbalance en la ingeniería constitucional que altera los mecanismos de control entre los poderes públicos. Además de lo anterior, la mutación constitucional de la reelección presidencial en el NCL sustrajo al pueblo, como poder constituyente, la posibilidad de decidir sobre el asunto en cuestión por vías democráticas y populares.

35. Respecto de la ideología de la interpretación constitucional, puede decirse que el modelo evolutivo es aquel que fortalece en mayor medida la idea del juez constitucional como único intérprete de la Constitución y, a su vez, sustrae al pueblo como poder constituyente que promueve el cambio constitucional, lo que resulta regresivo de cara a la ontología del NCL. Por otra parte, el modelo interpretativo originalista centra su idea en una defensa férrea del poder constituyente y de la voluntad plasmada en el texto constitucional, impidiendo que los jueces modifiquen los sentidos de la Constitución por vía interpretativa, pero a su vez promoviendo que los cambios constitucionales se realicen por las vías democráticas institucionales fijadas por el constituyente. En todo caso, una ideología originalista fortalece el papel emancipador del pueblo como poder constituyente, en tanto posibilita que el pueblo modifique la Constitución y amplifique los derechos constitucionales por vías democráticas. Mientras tanto, un modelo ideológico evolutivo cercena la capacidad emancipatoria del pueblo, en tanto deniega el papel de los mecanismos democráticos para el cambio constitucional. Es por ello que una ideología evolutiva requiere límites, cánones o directivas interpretativas previamente fijadas por el constituyente, con el fin de evitar que los poderes constituidos se constituyan en poderes constituyentes y, por el contrario, asegurar que la interpretación de aquellos esté dirigida a preservar la voluntad del constituyente plasmada en la Constitución.
36. Aparejado a un modelo ideológico, el canon neoconstitucionalista se integra por un sistema de precedente fuerte que posibilita a los jueces constitucionales modificar los contenidos constitucionales vía jurisprudencia, equiparando los fallos constitucionales a una norma constitucional. Ello deniega al pueblo su papel de único soberano como creador del texto constitucional. Así las cosas, una concepción fuerte del precedente jurisprudencial sin reglas definidas impide preservar los contenidos constitucionales y, por el contrario, permite que los jueces se conviertan en verdaderos poderes constituyentes. Por esta razón, se hace necesario integrar, en modelos constitucionales anclados en la idea de poder constituyente, mecanismos de control externos e internos al precedente, con el fin de preservar la voluntad popular.
37. La ausencia de límites fijados por el constituyente para la interpretación de la Constitución ha ocasionado que el juez constitucional colombiano acuda

a criterios de interpretación de índole legislativa, propios del Estado clásico de derecho, pero a su vez delinee una serie de criterios de interpretación de índole principialista que amplifican las facultades de los jueces constitucionales y deniegan cualquier tipo de límite a sus facultades interpretativas, incluso cuando una disputa ya ha sido resuelta por ellos mismos. En términos prácticos, esto significa que los jueces pueden modificar una regla incluso creada por ellos, sin ningún tipo de obstáculo, alterando el balance institucional propio del sistema constitucional.

38. En el caso colombiano, la CCC, como máxima intérprete de la Constitución, anclada en una concepción interpretativa cercana al neoconstitucionalismo, ha posibilitado en la realidad práctica la modificación y restricción de los derechos individuales. Pese a que han existido periodos de jurisprudencia amplificadora de derechos, también se han presentado etapas grises en las que los derechos individuales se han visto restringidos y relegados a un segundo plano por vía de interpretación judicial. Por otra parte, los derechos de participación en el caso colombiano se han visto fuertemente limitados por los jueces constitucionales a partir de tesis jurisprudenciales que niegan el papel del pueblo como intérprete auténtico de la Constitución y, por el contrario, entregan dicho papel a los poderes constituidos. Incluso, el problema señalado ha implicado el desconocimiento de jurisprudencia internacional de derechos humanos orientada a amplificar los derechos de participación y los derechos políticos de los ciudadanos.
39. Así las cosas, la propuesta presentada busca establecer criterios de interpretación como límites fijados al intérprete sustituto, con una connotación de rango constitucional que impida que los jueces modifiquen y alteren la voluntad popular plasmada en la Constitución. Sin embargo, las directivas interpretativas que guían la labor hermenéutica deben contener una serie de reglas de primera y segunda clase que minimicen el margen de discrecionalidad de los jueces. Es por ello que la interpretación en el NCL debe estar guiada por un modelo ideológico de índole originalista, centrado en preservar la voluntad del poder constituyente y en establecer límites a la función interpretativa de los jueces constitucionales. Además de ello, el sistema institucional deberá acompasarse de una serie de límites exógenos o externos a la interpretación, que permitan democratizar los cambios constitucionales e impedir que estos sean realizados por los jueces, e incluso controlar los cambios constitucionales efectuados por estos como falencias propias del sistema. En este sentido, la reforma constitucional resulta ser un mecanismo central a la hora de preservar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, por lo que deberá establecerse una serie de parámetros que

faciliten el cambio constitucional por parte del pueblo, pero que lo dificulten por parte de los poderes constituidos.

40. Mediante la reforma, el pueblo recobra su papel de único soberano y poder constituyente. Incluso, se hace necesario promover el uso de mecanismos de participación popular cuando existan dudas frente al sentido de un precepto constitucional, señalando que el juez constitucional debe estar dirigido a amplificar los mecanismos democráticos de participación popular, en consonancia con una ontología propia del poder constituyente. Es por ello que en el NCL deberán implementarse tanto mecanismos internos como externos para el control de constitucionalidad, que limiten el papel interpretativo de los jueces y, a su vez, fortalezcan el papel del pueblo como único intérprete auténtico de la Constitución.

Referencias bibliográficas

Ackerman, B. (1999). *La política del diálogo liberal*. Gedisa.

Aguiló, J. (2012). Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 235-258.

Albert, R. (2019). Los métodos de la reforma informal. *Latin American Law Review*, 3, 29-47.

Albert, R. (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*. Universidad Externado de Colombia.

Albert, R., Nakashidze, M., & Olcay, T. (2022). La resistencia formalista a las reformas constitucionales inconstitucionales. *Díkaion*, 31(1), 5-49.

Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza & I. Espejo, Trads.). Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13-40). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29.

Álvarez, R. (2012). El constitucionalismo popular y los problemas de la «última palabra»: apuntes para un contexto latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 71-121.

Álvarez, R. (2016). Tareas pendientes para un constitucionalismo popular latinoamericano. *Revista Jurídica de San Andrés*, 3(2), 1-21.

Anchondo, V. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*, 33-58.

Ángel, N. (2021). Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia. En C. Courtis (Coord.), *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)* (pp. 327-395). Escuela Federal de Formación Judicial. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-02/Manual%20sobre%20justiciabilidad%20de%20los%20DESCA_Tomo%20uno%20rev.pdf

Ansuátegui, F. J. (2022). Aporías y paradigmas en Kelsen: en la interpretación de Ferrajoli. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, 55-69.

Añazco, A., & Añazco, N. (2022). Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad. *Foro. Revista de Derecho*, 38, 99-119.

Aragón, M. (1996). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6(8), 85-136.

Araujo, J. (2006). Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 853-878.

Atienza, M. (2016). *Interpretación constitucional*. Universidad Libre de Colombia.

Atienza, M., & García Amado, J. A. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Abya-Yala.

Alterio, A. M. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8, 227-306.

Alterio, A. M. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21151

Alterio, A. M. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo Blanch.

Arévalo, W., & García, L. (2018). La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, 393-830.

Arias, B. (2013). Rigidez e interpretación constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 18, 251-264.

Attard, M. E. (2023). *La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional*. Pireo Editorial.

Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra.

Badeni, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional* (2.ª ed., t. I). La Ley.

Balaguer, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra.

Barnes, J. (1997). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 15-49.

Barzotto, L. F. (2010). El guardián de la Constitución. Elementos para una epistemología de la democracia. *Díkaion*, 19(2), 427-446.

Bassa, J. (2008). Notas para una teoría democrática del poder constituyente. *Nomos*, 41-70.

Bayón, J. C. (2003). Derechos, democracia y Constitución. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 211-238). Trotta.

Bechara, A. (2017). *La carga invertida de los derechos fundamentales: el Estado constitucional como principios y garantías. Diálogo entre los modelos de interpretación colombiano, español e italiano* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona].

Belloso, N. (2015). El neoconstitucionalismo y el «nuevo» constitucionalismo: ¿dos corrientes llamadas a entenderse? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 32, 21-48.

Benavidez, J. (2016). Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 5, 173-188.

Benítez, V. F. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Temis.

Bercholc, J. (2017). Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad. Su utilización por el Tribunal Constitucional de España. *Revista de Informação Legislativa*, 54(2), 31-48.

Betancourt, E., & Romero, C. (2021). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Sociedad & Tecnología*, 4, 482-499.

Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2007). Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 289-326). Trotta.

Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2018a). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99.

Bernal Pulido, C. (2018b). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Universidad Externado de Colombia.

Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trotta.

Brewer-Carías, A. R. (2005). *Sobre la reforma constitucional en una sociedad democrática*. https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/1002.-943.-Sobre-la-reforma-constitucional-en-una-sociedad-democrática-Sto.-Domingo-12-7-2006.pdf

Brewer-Carías, A. R. (2008). El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 9, 17-59.

Brewer-Carías, A. R. (2014). Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. En *II Congreso Internacional «Los Derechos Económicos y Sociales y su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho»*.

Brewer-Carías, A. R. (2017a). Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. En *II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional. Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*. Tribunal Constitucional.

Brewer-Carías, A. R. (2017b). Derecho administrativo y control de convencionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67(268), 107-144.

Cabrera, L. (2014). El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia. *DIXI*, 16(19), 53-70.

Cachin, R. (2019). El nuevo autoritarismo latinoamericano: un reto para la democracia y los derechos humanos. Análisis del caso venezolano. *Estudios Constitucionales*, 17(1), 15-52.

González Cadenas, D. (2012). El poder constituyente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles* (pp. 609-614).

Cajas, M. A. (2007). Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7, 19-40.

Calle, M. (2013). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*. Temis.

Calvo, N. J. (2013). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. *Vía Iuris*, 1(1), 141-161.

Canosa, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Centro de Estudios Constitucionales.

Canosa, R. (2022). Objeto y método de la interpretación constitucional. En G. Figueroa Mejía (Coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales* (pp. 55-110). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.

Cano, R. (2021). *Sesgos ideológicos en la Corte Constitucional: una revisión a los efectos indeseados de los mecanismos de elección de magistrados* [Trabajo de grado de maestría, Universidad de los Andes]. https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/55315

Caracciolo, R. (1991). El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 67-90.

Caracciolo, R. (2022). ¿Existe la Constitución? Un comentario acerca de las funciones de los jueces constitucionales. En P. Riberi & P. Salazar (Dirs.), *Decisión democrática y forma constitucional* (pp. 61-84). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Carbonell, M. (2012). Sobre la Constitución viviente. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 347-357.

Carpizo, J. (2009a). *El tribunal constitucional y sus límites*. Grijley.

Carpizo, J. (2009b). El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, 21-67.

Carpizo, J. (2011). La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 131, 543-598.

Carrillo, Y., & Carrillo, A. (2021). Problemas, modelos y métodos de la interpretación constitucional. *Saber, Ciencia y Libertad*, 17(1), 21-46.

Castilla, K. (2019). El principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, 20, 68-83.

Castro, F. (2016). *El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y la mutación constitucional* [Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha].

Celis, D. (2021). La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional. *Revista ICON*, 19(4), 1261-1290.

Celis, D. (2022). Las propiedades de la Constitución y la justificación de su interpretación especial en el Estado constitucional. *El Ágora USB*, 22(2), 748-767.

Chaux, F. J. (2020). *Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?* (2.ª ed.). Temis.

Chávez, J. (2021). *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid].

Chiassoni, P. (2010). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Marcial Pons.

Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencias y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Colón-Ríos, J. (2018). Notas sobre la reforma constitucional y sus límites. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 18(19), 1-15. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883899

Colón-Ríos, J. (2022). El estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones? *Díkaion*, 31(2), 1-27.

Contreras, F. (2018). Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen. *Revista de Derecho Público*, número especial, 373-387.

Contreras, P., & Prieto, Á. (2021). *Originalismo: un límite a la interpretación constitucional. Análisis con respecto a los derechos fundamentales y a la tutela contra providencias judiciales*. Pontificia Universidad Javeriana.

Cordero, Y. (2010). Un sistema de mérito para el siglo XXI. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 48, 89-114.

Dalla, A. (2010). Modelos, tribunales y sentencias constitucionales. En A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi & E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Da Rosa, T. (2016). *Precedentes judiciales y legislación*. Universidad Libre de Colombia.

Da Silva, J. A. (1999). Mutaciones constitucionales. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1.

Dau-Lin, H. (1998). *Mutación de la Constitución* (P. Verdú & C. Förster, Trads.). Instituto Vasco de Administración Pública.

Dávila, H. (2021). El principio de separación de poderes y la reelección presidencial en Colombia: un dilema inconcluso. *Catálogo Editorial*, 1(025), 127-146.

De la Calle, H. (2009). El significado político de una nueva reelección. En *Reelección presidencial*. https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/7632

Del Rosario, M. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Díkaion*, 20(1), 97-117.

De Vega, P. (2000). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.

De Vega, P. (2006). La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia. *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, 1-27.

Díaz, F. (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista IUS*, 37, 9-31.

Díaz, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. *Justicia Juris*, 11(2), 50-57.

Díez, R. (2016). Constitucionalismo y democracia: una tensión inevitable. En R. Gargarella & R. Niembro (Coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas* (pp. 191-220). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Dixon, R., & Stone, A. (2016). Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection. En D. Dyzen-

haus & M. Thorburn (Eds.), *Philosophical foundations of constitutional law*. Oxford University Press.

Doncel, J. A., & Camisón, J. A. (2011). La polémica Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 29, 129-149.

Drnas de Clément, Z. (2015). La complejidad del principio *pro homine*. *Jurisprudencia Argentina*, 98-111. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf

Durán, D. (2011). Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitucional del bien común? *Vniversitas*, 123, 169-201.

Durán, J. (2020). Interpretación constitucional. En S. Anaya et al., *Teoría de la Constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti* (1.ª ed.). Corte Suprema de Justicia.

Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*. Siglo del Hombre Editores.

Enríquez, P. A. (2008). *Un modelo democrático de justicia constitucional local* [Tesis doctoral, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo]. http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/jspui/bitstream/DGB_UMICH/881/1/FDCS-D-2008-0653.pdf

Epstein, L., & Segal, J. A. (2005). *Advice and consent: The politics of judicial appointments*. Oxford University Press.

Errejón, Í. (2013). Constituciones de transición y transformación del Estado en los procesos de cambio. *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 122, 93-103.

Escobar, G. (2005). *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo.

Escobar, G. (2016). ¿Ideología de la Constitución o ideología de los jueces constitucionales? A propósito de la STC 145/2015, sobre la objeción de conciencia farmacéutica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 275-292.

Escudero, J. (2021). La legitimación activa «popular» y la tutela efectiva en la acción de inconstitucionalidad en Ecuador. *Jurídicas*, 18(1), 56-73.

Estrada, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 121, 77-112. http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a04.pdf

Estrada, S. (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Universidad de Medellín.

Eto Cruz, G. (2017). La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina: el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad. ¿Estamos ante un *ius constitutionale commune* latinoamericano? En

E. Ferrer Mac-Gregor & R. Flores Pantoja (Coords.), *La Constitución y sus garantías a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2012). *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Fernández Segado, F. (2013). Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, 89, 7-88.

Ferrajoli, L. (1978). Magistratura democrática. En P. Andrés Ibáñez (Ed.), *Política y justicia en el Estado capitalista*(pp. 197-216). Fontanella.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4.ª ed.). Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 15-31.

Ferrajoli, L. (2011a). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-55.

Ferrajoli, L. (2011b). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 311-360.

Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 781-817.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (P. Andrés Ibáñez, Trad.). Trotta.

Ferrajoli, L. (2016). Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial. *Teoría y Derecho*, 20, 65-95.

Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ferreres Comella, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 29-47.

Ferreyra, R. G. (2004). La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunal. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 47, 13-43.

Flórez, D. (2011). Derecho y sociedad en el Estado constitucional: una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle. *Revista de Derecho*, 35, 1-31.

Flórez, D. (2012). Aproximación al constitucionalismo popular. *Cognitio Juris*, 4, 32-39.

Franco, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente* [Tesis de maestría, Universidad de La Sabana]. https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/31094

Friedman, B. (2005). Constitucionalismo popular mediado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 123-160.

García Amado, J. A. (2004a). La interpretación constitucional. *Teoría del Derecho. Revista de Castilla y León*, 2, 35-72.

García Amado, J. A. (2004b). Argumento teleológico: las consecuencias y principios. En R. Zuluaga (Comp.), *Interpretar y argumentar*. Ediciones Jurídicas Sánchez.

García Amado, J. A. (2006). ¿Existe la discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría*, 35, 151-172.

García Amado, J. A. (2009). Controles descontrolados y precedentes sin precedente: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el expediente n.º 3741-2004-AA/TC, 2009. *Derecho y Sociedad*, 33, 336-348.

García Amado, J. A. (2016). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Derecho*, 13, 1-22.

García Amado, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Tirant lo Blanch.

García Amado, J. A. (2020a). Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 27, 14-43.

García Amado, J. A. (2020b). Dúplica a Manuel Atienza sobre el objetivismo moral y el derecho. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 27, 58-65.

García Figueroa, A. (2003). La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 159-186). Trotta.

García, F. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 117-143.

García, L. (2011). La (a)versión en Colombia de las tendencias sobre el constitucionalismo transnacional. En M. Aramburo (Coord.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho* (t. II). Diké.

García, L. F. (2013). ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 13(25), 17-32.

Gargarella, R. (2004). De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina. En J. Espinoza & J. Narváez (Coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades* (pp. 53-68). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Gargarella, R. (2006). El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer. *Revista de Libros de la Fundación Caja de Madrid*, 15-18.

Gargarella, R. (2010). Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI. Una mirada histórica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla IUS*, 30-48.

Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Gargarella, R. (2013). Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e Irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, 3(4), 245-257.

Gargarella, R. (2015a). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales. Revista Universitaria*, 48, 169-172.

Gargarella, R. (2015b). Constitucionalismo vs. democracia. En J. Fabra & V. Rodríguez (Coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 2, pp. 1991-2009). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Gargarella, R. (2016). Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución. En R. Gargarella & R. Niembro (Coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (pp. 15-62). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Gargarella, R. (2017). La interpretación y el diálogo democrático. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 169-207.

Gargarella, R. (2018). Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109-129.

Gargarella, R., & Courtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. CEPAL.

Garriga, C. (2021). ¿El constitucionalismo popular tiene una historia latinoamericana? A vueltas con sus orígenes decimonónicos. *Palabras a Debate*, 28, 1-25.

Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 209-213.

Gascón Abellán, M. (2016). Interpretación de la Constitución: ¿gobierno de los jueces? *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 20, 205-215.

Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch.

Gaviria, J. (2017). *Inclusión política y gobierno democrático: el problema de la legitimidad del control de constitucionalidad* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25040

Gaviria, J. (2019). Constitucionalismo garantista: democracia y soberanía popular sin el pueblo. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 155-177.

Godoy, J. (2016). Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía constitucional: posibles lecciones para Brasil. En R. Gargarella & R. Niembro (Coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (pp. 167-190). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

González, R. (2022). La mutación constitucional: un tema polémico. *Ratio Legis*, 2(3), 61-81.

Grijalva, A., & Castro, J. (2020). La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia. *Estudios Constitucionales*, 18(1), 9-49.

Guastini, R. (1997). Problemas de interpretación. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 7, 121-131.

Guastini, R. (1998). ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional? *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 25, 31-46.

Guastini, R. (1999a). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (J. Ferrer, Trad.). Gedisa.

Guastini, R. (1999b). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea.

Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta.

Guastini, R. (2007). Sobre el concepto de Constitución. En M. Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta.

Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (M. Carbonell & P. Salazar, Trads.). Trotta.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guastini, R. (2015a). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48.

Guastini, R. (2015b). La interpretación de la Constitución. En J. Fabra & E. Spector (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 3, pp. 2011-2085). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Guerra, M. (2020). *La Corte Constitucional: ¿guardiana o dueña de la Constitución?* Universidad Andina Simón Bolívar.

Guzmán, C., Lucio, C., & Fajardo, L. (2015). Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución. En L. Fajardo & M. González (Comps.), *La sustitución de la Constitución* (pp. 111-140). Universidad Sergio Arboleda.

Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7, 379-411.

Häberle, P. (2012). Funciones y significado de los tribunales constitucionales en perspectiva comparada y comentario a los 60 años del Tribunal Constitucional. *Derecho Constitucional Europeo*, 17, 501-528.

Hakansson, C. (2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: una aproximación. *Díkaion*, 23(18), 55-77.

Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (s. f.). *El Federalista*. Librodot.

Haro, R. (2012). La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 191-224.

Heller, H. (1971). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.

Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, 39, 71-99. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r06729-3.pdf

Hernández Valle, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(37), 143-155.

Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.

Hierro, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons.

Highton, E. I. (2010). Sistemas concentrado y difuso de constitucionalidad. En A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi & E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (t. I). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Huiza, S. (2021). Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault. *Revista Jurídica Derecho*, 10(15), 1-34.

Ibáñez, P. A. (2012). La independencia judicial y los derechos del juez. En A. Saiz Arnaiz (Dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*. Marcial Pons.

Iglesias Vila, M. (2000). Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 77-104.

Inarra, L. (2019). La limitación constitucional a la reelección de autoridades. *Razón Crítica*, 6, 236-246.

Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Manual de hermenéutica jurídica: análisis constitucional, legal y jurisprudencial*. Biblioteca Jurídica Diké.

Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución* (C. Förster, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jiménez Campo, J. (2002). La legitimidad democrática del juez constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 303-325.

Jiménez Ramírez, M. C. (2021). *El constitucionalismo procesal débil. Una posible síntesis entre la democracia y la Constitución*. Tirant lo Blanch.

Julio Estrada, A. (2002). Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En M. Carbonell (Comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales* (pp. 121-158). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Kalivas, A. (2005). Soberanía popular, democracia y poder constituyente. *Política y Gobierno*, 12(1), 91-124.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (4.ª ed.). Eudeba.

Kelsen, H. (2016). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Kennedy, D. (2012). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno Editores.

Kramer, L. D. (2004). *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press.

Landa, C. (2003). *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Palestra.

León, J., Sierra, J., & Torres, A. (2021). *Inconvencionalidad de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para restringir derechos políticos* [Monografía, Universidad Cooperativa de Colombia]. https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/eb36d492-19ef-414d-b6be-157fdaab5565/content

Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Ariel.

López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional* (2.ª ed.). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

López, C. (2007). *La mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: concepto, justificación y límites* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2534

López, F. (1992). Autoridad normativa y normas de competencia. *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, 7, 107-123. http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/55141

López, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho? *Revista Foro*, 23, 53-68.

López, S. (2017). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 65(1), 185-217.

López, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar.

Lousada Arochena, J. F., & Ron Latas, R. P. (2015). *La independencia judicial*. Dykinson.

Lozada, A. (2011). Sobre la dimensión argumentativa del derecho. En J. Montaña Pinto (Ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos generales*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Lozada, A., & Ricaurte, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Malem Seña, J. F., & Seleme, H. O. (2013). Patologías de la división de poderes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 275-296.

Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 2, 9-32.

Martínez, C. (2018). Paradojas de la «soberanía popular»: un análisis en clave filosófica. *Revista RYD. República y Derecho*, 3, 1-26.

Martínez, H. (2013). Protección constitucional de los derechos sociales. Implementación de instrumentos internacionales en las decisiones de la Corte Constitucional. *Estudios de Derecho*, 71(158), 19-40.

Martínez Dalmau, R. (2008). Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional. En R. Ávila, A. Grijalva & R. Martínez Dalmau (Eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Martínez Dalmau, R. (2009). El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, 23, 264-274.

Martínez Dalmau, R. (2012a). ¿Qué es el «nuevo constitucionalismo latinoamericano»? *Gaceta Constitucional*, 52.

Martínez Dalmau, R. (2012b). La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo. En *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles* (pp. 634-644).

Martínez Dalmau, R. (2012c). El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 11, 1-15.

Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (Ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente* (pp. 67-120). Tirant lo Blanch.

Martínez Dalmau, R. (2015). Análisis crítico del derecho constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Themis. Revista de Derecho*, 67, 46-62.

Martínez Dalmau, R. (2016). Problemas actuales sobre la interpretación de los derechos. *Revista IUS*, 37, 129-164.

Martínez Dalmau, R. (2019). ¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano? *Derecho & Sociedad*, 51, 191-205.

Masapanta Gallegos, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador: ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente?* [Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar]. https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7534

Medici, A. (2013). Nuevo constitucionalismo y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento crítico y situado. *El Otro Derecho*, 48, 3-23.

Medici, A. (2016). *Otro nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales.

Melero de la Torre, M. C. (2017). Constitución débil. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, 198-210.

Melero de la Torre, M. C. (2019). La rigidez constitucional mínima como forma débil del constitucionalismo. *Isonomía*, 51, 65-94.

Méndez, J., & Cutié, D. (2010). La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla IUS*, 25, 94-115.

Mendieta, D. (2015). *La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la Corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?* Universidad de Antioquia.

Mercado, D., & Echeverría, M. (2015). *La interpretación en el derecho*. Universidad Libre de Colombia.

Miranda Canales, M. (2011). Los sistemas de nombramiento de magistrados en el derecho comparado y en el Perú. *LEX. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 9(8), 159-173.

Miranda Bonilla, H., & Navarro Rodríguez, P. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, 13(26), 69-80.

Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario.

Montaña Pinto, J. (2008). La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana. En R. Ávila, A. Grijalva & R. Martínez Dalmau (Eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Montoya, A. M. (2013). Si no vas al Senado, no te eligen magistrado. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). *Colombia Internacional*, 79, 155-190.

Mora, D. (2020). *Paradigmas e interrogantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la óptica colombiana* [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás de Aquino].

Moral, L. (2000). ¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 337-358.

Moreno, P. (2018). *Métodos de interpretación legal y métodos de interpretación constitucional: el juez constitucional*[Tesis de grado, Universidad del Azuay].

Mulino, M. (2018). La mutación constitucional. *Anuario*, 41, 60-83.

Navarro, P. E. (2005). Acerca de la inevitabilidad de la interpretación. *Isonomía*, 22, 99-122.

Navas Alvear, M. (2013). La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho. *Jurídicas*, 10(2), 181-208.

Navas, M. (2016). La base fundacional en la Constitución: propuestas para comprender el modelo de Estado constitucional ecuatoriano. En Asamblea Nacional, *Nueve años de desarrollo constitucional*. Asamblea Nacional del Ecuador.

Navas, M. (2017). Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada sociojurídica. *Revista Culturas Jurídicas*, 4(9).

Negri, A. (1992). *El poder constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*. Traficantes de Sueños.

Niembro, R. (2016). Desenmascarando el constitucionalismo autoritario. En R. Gargarella & R. Niembro (Coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas* (pp. 221-238). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Nieto, E. (2015). Constitucionalismo en el siglo XXI: ¿neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular? *Revista de Economía y Derecho*, 38(10), 47-59.

Nocera, L. (2019). Contradicciones constitucionales: el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y la reelección de Morales. ¿Una práctica de abusivismo constitucional? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 491-506.

Nogueira, H. (2002). Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 8(2), 71-92.

Nogueira, H. (2004a). La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales en América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223.

Nogueira, H. (2004b). Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales constitucionales y cortes constitucionales. *Ius et Praxis*, 10, 113-158.

Nogueira Alcalá, H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 143-205.

Noguera, A. (2010a). La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos sociales. Nexos e interrelaciones en las últimas constituciones latinoamericanas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 87, 121-142.

Noguera, A. (2010b). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Tirant lo Blanch.

Noguera, A. (2011a). ¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo. *Oñati Socio-Legal Series*, 1(2), 1-27.

Noguera, A. (2011b). El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional? *Revista Vasca de Administración Pública*, 90, 167-196.

Noguera, A. (2013). Las nuevas constituciones andinas y la articulación democracia entre justicia constitucional, conflicto y transacción social. En A. Alterio & R. Niembro (Coords.), *Constitucionalismo popular en América Latina*. Porrúa.

Noguera, A., & Criado de Diego, M. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 15-49.

Noguera, A., & Navas, M. (2016). *Los nuevos derechos de participación: ¿derechos constituyentes o derechos constitucionales?* Tirant lo Blanch.

Núñez, J. I. (2018). *Neoconstitucionalismo y jurisdicción constitucional* [Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=248883

Olano García, H. A. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 53(108), 571-602.

Oliver, G. (2021). *Juicios de sustitución constitucional: caso la reelección presidencial. Análisis de la Sentencia C-1040 de 2005* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/b71003c2-050a-4fdd-9e54-06c10c7904c3/content

Orias, R. (2012). Elecciones judiciales en Bolivia: un balance crítico. En M. Postema (Coord.), *Selección de miembros de altas cortes e independencia judicial*. *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 17, 16-18.

Ospina, P. (2019). El control de constitucionalidad en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 16(1), 131-148.

Ovare, C. (2021). Los mecanismos de participación ciudadana para el cambio constitucional en América Latina como potenciadores de la democracia. *Latin American Law Review*, 9, 53-72.

Palacios, F. (2008). Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*. En R. Ávila, A. Grijalva & R. Martínez Dalmau (Coords.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Corte Constitucional del Ecuador.

Palomino, J. F. (2008). La interpretación constitucional: estándares interpretativos. En E. Ferrer Mac-Gregor & A. Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (t. VI, pp. 345-352). Universidad Nacional Autónoma de México.

Palomino, J. F. (2018). ¿Reforma, mutación o enmienda constitucional? En I. Santos & J. M. Serna de la Garza (Coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México* (pp. 361-388). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Pásara, L. (2012). Selección de jueces para las cortes supremas: dificultades y prevenciones. En M. Postema (Coord.), *Selección de miembros de altas cortes e independencia judicial*. *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 17, 7-9.

Pazmiño, P. (2009). Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67/68, 27-54.

Pazmiño, P. (2010). *Desafiando caminos*. FLACSO Ecuador.

Pegoraro, L. (1999). Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. *Pensamiento Constitucional*, 6(6), 221-241.

Peña, A. M. (2007). Constitucionalismo y garantismo. Una relación difícil. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, 237-257.

Peña, D. (2013). Constitucionalismo popular contestatario. *Isonomía*, 38, 225-243.

Pérez Medina, A. G., Chica, J., & Berrío, E. (2018). *El cambio de paradigma del concepto de justicia constitucional y los derechos humanos* [Tesis de grado, Universidad Cooperativa de Colombia]. https://repository.ucc.edu.co/items/4239bc15-abcb-4b39-9b6b-a4f537630f02

Pino, G. (2011). Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 201-228.

Pisarello, G. (2011). *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Trotta.

Portocarrero, J. A. (2011). El rol de los principios formales en la determinación del margen del control de constitucionalidad. *Revista Derecho del Estado*, 27, 75-102.

Post, R., & Siegel, R. (2017). La ira de Roe: el constitucionalismo democrático y el contraataque conservador (*backlash*). *UNA Revista de Derecho*.

Postema, M. (2012). La selección transparente y basada en el mérito es esencial para la independencia judicial. *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 17, 3-6.

Prieto Sanchís, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 175-198.

Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 201-228.

Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 85-124). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Prieto Sanchís, L. (2011). Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 229-244.

Pulido-Ortiz, F. E. (2012). Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional. *Díkaion*, 21(1), 119-157.

Quinche, M. F. (2013). *El control de constitucionalidad*. Universidad del Rosario.

Quinche, M. F. (2022). *Los test constitucionales*. Temis.

Quiroga, A. (1985). La interpretación constitucional. *Derecho PUCP*, 39, 323-343.

Ramírez, A. (2016a). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático? *Vniversitas*, 132, 349-388.

Ramírez, A. (2016b). Participación ciudadana e interpretación de la Constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla IUS*, 37, 171-192.

Ramos, G. (2021). El control de convencionalidad americano en Europa. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 15(1), 15-65.

Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Rey, E. (2007). El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *Vía Iuris*, 4, 63-74.

Rincón, J. (2008). La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular. *Vniversitas*, 115, 117-139.

Rivera, J. (2011). La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano. *Revista Boliviana de Derecho*, 12, 9-29.

Roa, J. (2009). *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.

Rojas Betancourth, A. (2019). El rol de la ley en la configuración de los derechos fundamentales. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 6, 71-97.

Rollnert Liern, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34(101), 125-156.

Roznai, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*. Universidad Externado de Colombia.

Rubio, N. (2016). *Riesgos del principio de interpretación evolutiva para la aplicación del derecho en el tiempo y la responsabilidad internacional de los Estados*. Universidad Santo Tomás.

Ruiz Manero, J. (2013). Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1(1), 119-135.

Ruiz Ruiz, M. (2017). El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, 129-160.

Sagüés, N. P. (2001). Reflexiones sobre las variables de éxito y de fracaso de un tribunal constitucional. En *La jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992. Realidades y perspectivas* (pp. 431-440). Corte Constitucional.

Sagüés, N. P. (2007). El concepto de desconstitucionalización. *Revista de Derecho. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2, 181-195.

Sagüés, N. P. (2009). Reflexiones sobre la Constitución viviente (*living Constitution*). *Díkaion*, 12.

Sagüés, N. P. (2011). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136.

Sagüés, N. P. (2012). El poder constituyente como intérprete de la Constitución. *Pensamiento Constitucional*, 16, 183-193.

Salazar, P. (2009). El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 34, 181-191.

Salazar, P. (2011). Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 289-310.

Salazar, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva crítica. En L. González & D. Valadés (Coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 345-387). Universidad Nacional Autónoma de México.

Salazar, P., & Alonso, C. (2022). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? En P. Riberi & P. Salazar (Dirs.), *Decisión democrática y forma constitucional* (pp. 251-265). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Salvador, A. (2022). Políticas públicas y control de convencionalidad. *Foro. Revista de Derecho*, 38, 76-98.

Sánchez, A. (2000). Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(58), 103-135.

Sánchez, R. (2017). Hacia un nuevo modelo de interpretación constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(249), 319-354.

Sanín Restrepo, R. (2011). *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.

Segovia, J. (2013). La interpretación constitucional populista. *Prudentia Iuris*, 76, 107-129.

Sieyès, E. (2007). *Escritos y discursos de la Revolución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Simbaqueva, J. (2015). *Plebiscito por la paz: herramienta de legitimación jurídica* [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia].

Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Solano González, E. (2007). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En A. Julio Estrada (Ed.), *Teoría constitucional y políticas públicas* (pp. 521-614). Universidad Externado de Colombia.

Sousa, F., & Streck, L. (2014). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 125-153.

Sunstein, C. (1999). Constituciones y democracias: epílogo. En J. Elster & R. Slagstad (Eds.), *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Starck, C. (2003). La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 479-493.

Stern, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales.

Storini, C. (2008). Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional. *Foro. Revista de Derecho*, 9, 31-65.

Storini, C. (2021). Ideología, método y límites de la interpretación constitucional. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, 9(3), 767- 809.

Storini, C., & Escudero, J. (2011). El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-33.

Streck, L. (2014). Poder judicial y constitucionalismo democrático. *Estudios Constitucionales*, 12(2), 29-54.

Tafur, M. (2019). Límites a las competencias del Tribunal Constitucional como organismo contralor del orden constitucional. *UIS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 8(2), 96-115.

Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Manual de hermenéutica jurídica: análisis constitucional, legal y jurisprudencial*. Biblioteca Jurídica Diké.

Taruffo, M. (2005). Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomía*, 22, 9-18.

Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil* (R. Córdova, Trad.). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Terol Becerra, M. J. (2015). *El neoconstitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo Blanch.

Thea, F. G. (2014). La elección de «jueces constitucionales» en las democracias actuales. *Pensar en Derecho*, 4, 315-351.

Torres, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 63, 9-38.

Torres, R. (2014). El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes. *Revista Jurídica U.I.P.R.*, 2, 249-266.

Trajtman, L. (2007). Derecho vivo y mutación constitucional. *Docentia et Investigatio. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 9(1), 111-117.

Treminio, I. (2013). Las reformas a la reelección presidencial en América Latina. *Estudios Sociológicos*, 31(91), 58-85.

Tripolone, G. (2019). Constitucionalismo popular y Estado de derecho. *Revista RYD. República y Derecho*, 4, 1-33.

Uprimny, R. (2011). *Las transformaciones constitucionales en América Latina: tendencias y desafíos*. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/04/doctrina28469.pdf

Uribe, E., & Correa, G. (2012). Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, 38, 196-224.

VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. (2009). *Los métodos interpretativos de la jurisdicción constitucional*. Boletín Oficial del Estado.

Vargas Lima, A. E. (2015). La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la Constitución a través de una ley de aplicación normativa. *Revista Boliviana de Derecho*, 19, 446-469.

Vargas, A. (2020). Activismo dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho*, 49, 1-34.

Vargas, A. (2021). Constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: aportes para repensar la Constitución peruana. *Revista Derecho*, 9, 47-71.

Vega, M. (2021). ¿El Estado de derecho en peligro? El juez constitucional contra la Constitución y a favor de la reelección presidencial indefinida: ¿caso Bolivia? *Revista Boliviana de Derecho*, 32, 862-899.

Vela, M. (2021). El debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución en el contexto latinoamericano. Una discusión desde cuatro trincheras. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 53-84.

Velandia, E. A. (2017). *El control de convencionalidad y las decisiones de la Procuraduría General de la Nación en Colombia como caso Petro*. Universidad La Gran Colombia.

Velandia, E. A., & Garzón, E. (2022). Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia. En G. Figueroa Mejía (Coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales* (pp. 411-456). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.

Vélez, P. (2020). *Límites a la Corte Constitucional: una aproximación al constitucionalismo popular moderado* [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás de Aquino].

Viciano Pastor, R. (2015). Las sinergias entre el garantismo constitucional europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: la influencia del pensamiento de Luigi Ferrajoli. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 1-17.

Viciano Pastor, R. (2022). *¿Quién debe defender la Constitución?* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=3JqURYuAwdE

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2010a). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (pp. 9-44). Corte Constitucional.

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2010b). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista IUS*, 25, 8-29.

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2014). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho*, 48, 63-84.

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2016). Constitucionalismo de transición y nuevo constitucionalismo latinoamericano. En M. García, J. Asensi & F. Balaguer (Dirs.), *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín* (pp. 1295-1314). Tirant lo Blanch.

Viciano Pastor, R., & Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165-198.

Vidal Prado, C. (2021). Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la República de Weimar. En E. García (Ed.), *Weimar, el momento democrático de los modernos entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989* (pp. 153-179). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vigo, R. L. (2004). *Interpretación constitucional* (2.ª ed.). Abeledo Perrot.

Vigo, R. L. (2012). *La constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado constitucional de derecho*. Pontificia Universidad Javeriana.

Vila Casado, I. (2021). *Fundamento del derecho constitucional colombiano* (3.ª ed.). Universidad Libre.

Villabella Armengol, C. M. (2014). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿un nuevo paradigma?* Grupo Editorial Mariel; Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

Villabella Armengol, C. M. (2017). El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 149, 943-978.

Villoro, L. (2015). *El concepto de ideología y otros ensayos*. Fondo de Cultura Económica.

Von Bogdandy, A. (2015). Ius constitutionale commune en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, 34, 3-50.

Waldron, J. (2008). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Díkaion*, 27(1), 7-28.

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo Veintiuno Editores.

Wong Meraz, V. A. (2015). La reforma constitucional como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de libertad y democracia. En M. Carbonell, H. Fix-Zamudio, L. González & D. Valadés (Coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (t. IV, vol. 2, pp. 195-226). Universidad Nacional Autónoma de México.

Wroblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas.

Würtenberger, T. (2002). Interpretación del derecho constitucional desde una perspectiva realista. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 601-622.

Zagrebelsky, G. (2007). Jueces constitucionales. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta.

Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Trotta.

Zamora, F. (2018). Menos Habermas y más *realpolitik*: ¿qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 21-38.

Zeballos, A., & Cáceres, E. (2019). La constitucionalización del ordenamiento jurídico y del mundo de la vida social: el caso italiano y colombiano. *Inciso*, 21(2), 161-179.

Zuluaga, A., & Zuluaga, S. (2018). Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional. Una mirada desde la filosofía de Paul Ricoeur. *Opinión Jurídica*, 17(33), 255-275.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406 de 1992* (M. P. Ciro Angarita Barón).

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-188 de 1993* (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia C-511 de 1994* (M. P. Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-098 de 1996* (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-483 de 1996* (M. P. Antonio Barrera Carbonell).
Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-383 de 1999* (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-582 de 1999* (M. P. Alejandro Martínez Caballero).
Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-700 de 1999* (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).
Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-747 de 1999* (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-955 de 2001* (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia SU-1122 de 2001* (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).
Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia T-637 de 2001* (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).
Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia T-1182 de 2001* (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-067 de 2003* (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-997 de 2003* (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).
Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia C-584 de 2004* (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia C-970 de 2004* (M. P. Rodrigo Escobar Gil).
Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-584 de 2004* (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).
Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-370 de 2006* (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros).
Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-820 de 2006* (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia T-308 de 2006* (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).
Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia T-945 de 2006* (M. P. Álvaro Tafur Galvis).
Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-075 de 2007* (M. P. Rodrigo Escobar Gil).
Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C-336 de 2008* (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C-756 de 2008* (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C-325 de 2009* (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-278 de 2009* (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).
Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-141 de 2010* (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).
Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T-954 de 2010* (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).
Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-581 de 2011* (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-238 de 2012* (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-249 de 2012* (M. P. Juan Carlos Henao Pérez).
Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia SU-132 de 2013* (M. P. Alexei Julio Estrada).
Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia SU-712 de 2013* (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).
Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-160 de 2013* (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia SU-617 de 2014* (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-883 de 2014* (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez).
Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia C-071 de 2015* (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).
Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-054 de 2016* (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-372 de 2016* (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-659 de 2016* (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).
Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia SU-214 de 2016* (M. P. Alberto Rojas Ríos).
Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia C-089 de 2020* (M. P. Alejandro Linares Cantillo).
Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia C-146 de 2021* (M. P. Cristina Pardo Schlesinger).

Jurisprudencia constitucional comparada

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). *Sentencia No. 005-13-SIN-CC*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2014a). *Sentencia No. 003-14-SIN-CC*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2014b, 31 de octubre). *Dictamen No. 001-14-DCR-CC*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Sentencia No. 184-18-SEP-CC*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia No. 11-18-CN/19*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 34-19-IN/21*.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2009, 3 de febrero). *Sentencia No. 49*.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2018). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0479/2018-S3*.

Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia, número interno 1131-2014*.

Consejo de Estado de Colombia. (2017, 15 de noviembre). *Sentencia* 11001032500020140036000, MP. Cesar Palomino Cortes.

Jurisprudencia interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Yatama vs Nicaragua [23 de junio de 2005]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso Boyce y otros vs. Barbados* [20 de noviembre de 2007].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Castañeda Gutman vs Mexico [6 de agosto de 2008]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Lopez Mendoza vs Venezuela [1 de septiembre de 2011]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Diario Militar vs. Guatemala* [22 de octubre de 2011].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Gelman vs. Uruguay* [24 de febrero de 2011].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname* [30 de enero de 2014].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso San Miguel Sosa vs Venezuela [8 de febrero de 2018]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Petro Urrego vs. Colombia* [8 de julio de 2020].

¿Qué significa interpretar una Constitución democrática y quién debe tener la última palabra sobre su sentido? Este libro aborda esa pregunta desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, con especial atención a la Constitución Política de Colombia de 1991 y a las experiencias de Venezuela, Ecuador y Bolivia.

A través del análisis de la interpretación constitucional, las mutaciones de la Constitución y el alcance de la justicia constitucional, la obra explora la tensión entre el poder de los tribunales y la soberanía popular. Examina cómo una interpretación judicial sin límites claros puede alterar decisiones del constituyente y trasladar a los jueces la capacidad de promover cambios que corresponden al pueblo.

Frente a este desafío, propone criterios para orientar la interpretación constitucional, contener la discrecionalidad judicial y fortalecer los mecanismos democráticos de reforma y participación. Una reflexión rigurosa sobre la legitimidad del poder, la vigencia de la Constitución y el lugar de la ciudadanía en la construcción de su propio orden constitucional.

pireoeditorial

ISBN 979-13-992503-5-0