



**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, CIENCIA
POLÍTICA Y DE LA ADMINISTRACIÓN.**

**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**

Tesis Doctoral

**Directores: Dr. Rubén Martínez Dalmau.
Dr. Roberto Viciano Pastor.**

Doctorando: Andrés Gustavo Pérez Medina

Facultad de Derecho de la Universitat de València.

Programa De Doctorado: Derecho, Ciencia Política Y Criminología.

13 de Febrero de 2024.

A Amanda, forjadora de todos mis sueños.

Listado de abreviaturas

abreviatura	Significado de la abreviatura
CCC	Corte constitucional de Colombia
SCTSV	Sala constitucional del Tribunal Supremo Venezolano
CCE	Corte Constitucional de Ecuador
TCPB	Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia
CPC	Constitución Política de Colombia
CPE	Constitución Política de Ecuador
CPV	Constitución Política de Venezuela
Corte IDH	Corte Interamericana de Derecho Humanos
CIDH	Convención interamericana de Derechos Humanos
CPB	Constitución Política de Bolivia
NCL	Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.	1
1. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: UNA ANÁLISIS ORGÁNICO Y SUSTANTIVO.....	15
1.1. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, GARANTÍA JURISDICCIONAL Y RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA DESDE EL NCL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	16
1.2. EL MODELO Y SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.	23
1.2.1. <i>¿El Nuevo constitucionalismo latinoamericano como respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad?: Democratizando la justicia constitucional, pero con reservas.</i>	26
1.2.2. <i>De los sistemas de control de constitucionalidad en el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano.</i>	32
1.2.2.1. <i>El control de constitucionalidad en Colombia.</i>	34
1.2.2.2. <i>El control de constitucionalidad en Venezuela.</i>	39
1.2.2.3. <i>El control de constitucionalidad en Ecuador.</i>	44
1.2.2.4. <i>El control de constitucionalidad en Bolivia.</i>	48
1.2.4. <i>Limitación a la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia: desarticulando el carácter democrático del control de constitucionalidad en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano.</i>	52
1.3. LA BÚSQUEDA DE LA INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO DE CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMO ORGÁNICO DE LEGITIMIDAD.	54
1.3.1. <i>Colombia: un caso de transición entre modelos.</i>	64
1.3.2. <i>Venezuela: un tímido intento en el proceso constituyente venezolano.</i>	71
1.3.3. <i>Ecuador: La primera respuesta innovadora.</i>	73
1.3.4. <i>La aparición de un modelo de elección popular en el órgano de control de constitucionalidad: el caso boliviano.</i>	76
1.3.5. <i>Sinopsis de los procesos de elección de magistrados de los tribunales constitucionales en el NCL.</i>	78
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.	81
1.4.1. <i>El NCL y el Neoconstitucionalismo (principalista y garantista) como formas de entender el constitucionalismo.</i>	83
1.4.2. <i>Elementos comunes entre el neoconstitucionalismo y el NCL.</i>	95
1.4.2.1. <i>Elementos necesarios y contingentes del NCL: ¿una confluencia de elementos normativos con el neoconstitucionalismo?</i>	108
1.4.2.1.1. <i>La extensión de los derechos constitucionales: una visión transformadora, emancipadora y pluralista de la Constitución.</i>	109
1.4.2.1.2. <i>La apertura del derecho internacional y la protección de los derechos humanos desde el NCL.</i>	119
1.4.2.1.3. <i>La preponderancia de los jueces en el sistema constitucional.</i>	136
1.4.2.1.4. <i>La sobreinterpretación de la constitución como un ejercicio de creación judicial a partir del carácter principalista de las constituciones del NCL.</i>	137

1.4.2.1.5. <i>La ponderación y el principio de proporcionalidad como medio de interpretación del neoconstitucionalismo: ¿flexibilizar la voluntad popular?</i>	145
1.5. ¿LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA O UNA INTERPRETACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN?: ARTICULANDO PODER CONSTITUYENTE E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	164
1.5.1. <i>Tipología e ideología de la interpretación Constitucional en el NCL: creación normativa, reforma constitucional y límites interpretativos.</i>	165
1.5.2. <i>Modelos y límites en la interpretación constitucional en el NCL.</i>	185
2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y MUTACIONES CONSTITUCIONALES: ¿PROGRESIÓN O ALTERACIÓN A LA VOLUNTAD POPULAR?.....	196
2.1. LA PRIMIGENIA TEORÍA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES DE JELLINEK.....	197
2.2. LAS MUTACIONES COMO ELEMENTOS PROPIOS DE LA CONSTITUCIÓN Y SU CARÁCTER ABIERTO: SMEND Y HSU DAU- LIN.	198
2.3. LA MUTACIÓN A TRAVÉS DEL DESUSO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: LA VISIÓN DE HELLER.....	205
2.3. LAS MUTACIONES COMO NORMALIDAD Y NORMATIVIDAD: LA VISIÓN DE HELLER.	207
2.4. LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES COMO MODIFICACIONES INTERNAS DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS: LA VISIÓN DE HESSE.	209
2.5. LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES COMO VICIOS DE LA INTERPRETACIÓN: HABERLE, LIERN, BÖCKENFÖRDE Y DA SILVA.....	212
2.6. LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES COMO CAMBIO CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	225
2.7. LA MUTACIÓN Y SU ASIMILACIÓN A LA REFORMA CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA DESDE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	230
2.8. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y MUTACIONES CONSTITUCIONALES: UNA MIRADA DESDE EL CAMBIO FORMAL.	245
2.9. REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN EL NCL: UN EJEMPLO DE LA MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.	264
2.9.1. <i>El sistema presidencial y la reelección presidencial en el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano.</i>	265
2.9.2. <i>La reelección presidencial en Colombia una mutación avalada por la Corte Constitucional: la alteración del principio de alternancia y el desequilibrio de los pesos y contrapesos.</i>	269
2.9.3. <i>La reelección presidencial en Venezuela: la mutación constitucional del principio de alternancia y la flexibilización de los procedimientos de cambio constitucional.</i>	283
2.9.4. <i>La reelección presidencial en Ecuador: la mutación de los procedimientos de cambio constitucional.</i>	289
2.9.5. <i>La reelección presidencial en Bolivia: desequilibrios institucionales y el amaño interpretativo del TCPB.</i>	294
2.10. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....	306
3. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA COMO UN MODELO AUSENTE DE CONTROLES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.	308
3.1. IDEOLOGÍA, MÉTODOS Y RESULTADOS INTERPRETATIVOS: UNA REVISIÓN GENERAL.	312

3.1.1.	<i>Una ideología de la interpretación a través del cambio constitucional: desempolvando el debate entre originalismo y la Constitución viva.</i>	323
3.1.2.	<i>Una ideología de la interpretación desde la estructura de la Constitución.</i>	338
3.1.3.	<i>La ideología de la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana y sus métodos de interpretación como justificación externa de sus decisiones.</i>	342
3.2.	SISTEMA DE FUENTES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA:	
¿UNA DEMOSTRACIÓN DE LAS FALENCIAS DEL SISTEMA JURÍDICO?		348
3.2.1.	<i>Los métodos tradicionales de interpretación en la Constitución de 1991: ¿una aparente contradicción?</i>	354
3.2.1.1.	<i>Método histórico.</i>	357
3.2.1.2.	<i>Método gramatical.</i>	365
3.2.1.3.	<i>Método teleológico.</i>	368
3.2.1.4.	<i>Método sistemático.</i>	372
3.2.1.5.	<i>Corolario de los métodos tradicionales de interpretación.</i>	374
3.2.3.	<i>La crisis de la subsunción y la asunción de los principios jurídicos: la interpretación de las constituciones principialistas como modelo ideológico.</i>	375
3.2.3.1.	<i>La ponderación y el test de proporcionalidad: una breve explicación metodológica y sus principales críticas.</i>	383
3.2.3.2.	<i>El test o juicio integrado de igualdad: ¿una secuela del principio de proporcionalidad?</i>	399
3.2.4.	<i>Criterios de interpretación vía remisión constitucional.</i>	403
3.2.4.1.	<i>La aplicación del principio pro homine.</i>	404
3.2.4.2.	<i>El principio de progresividad y no regresión.</i>	409
3.2.4.3.	<i>La conexidad de los derechos y la cláusula innominada de derechos.</i>	416
3.2.5.	<i>Resumen del catálogo de métodos de interpretación utilizados por la Corte Constitucional de Colombia.</i>	421
3.2.6.	<i>Tipología de sentencias en la Corte Constitucional que promueven el activismo judicial.</i>	423
3.2.6.1.	<i>Sentencias modulativas o condicionadas desde la Corte Constitucional Colombiana.</i>	430
3.2.6.2.	<i>Las sentencias integradoras aditivas desde la Corte Constitucional Colombiana.</i>	433
3.2.6.3.	<i>Sentencias integradoras sustitutivas desde la Corte Constitucional Colombiana.</i>	436
3.3.	LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: DECISIONES PROGRESISTAS O REGRESIVAS DE LOS DERECHOS.	437
3.3.3.	<i>El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.</i>	437
3.3.4.	<i>El derecho a morir dignamente.</i>	440
3.3.5.	<i>Los derechos a la familia de las parejas homosexuales.</i>	441
3.4.	<i>La limitación de los escenarios democráticos por parte de la Corte Constitucional colombiana como cambio constitucional.</i>	443
3.4.3.	<i>La Consulta popular como judicialización de la política y subversión del poder constituyente como poder político.</i>	444
3.4.4.	<i>El No al plebiscito por la paz: ¿la voluntad del constituyente relegada?</i>	452
3.4.5.	<i>La limitación de derechos políticos por parte de autoridades administrativas: el caso Petro Urrego vs Colombia.</i>	453
3.5.	<i>Recapitulación.</i>	465
4.	LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.	468
4.1.	EL INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.	468

4.2. LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. UNA APUESTA TEÓRICA.....	471
4.2.1. Límites funcionales y de competencia a la interpretación constitucional: BALAGUER. .	471
4.2.2. Límites a la interpretación desde el cambio constitucional: QUIROGA.	473
4.2.3. Límites a la interpretación desde la fórmula política: CANOSA.....	474
4.2.4. Los límites estructurales a la interpretación: CARPIZO.....	475
4.2.4. Los límites desde la noción de poder constituyente: FRANCO.....	476
4.2.6. Los límites a la interpretación constitucional desde la teoría de las <i>political questions</i> , <i>self-restrain</i> y las cláusulas de eternidad.	480
4.2.5. Los límites a la interpretación constitucional como cuestión de legitimidad: STORINI. ...	482
4.2.6. Un breve corolario de los límites a la interpretación constitucional.....	483
4.3. ¿un modelo garantista para la interpretación constitucional?	484
4.3. CONTROLES Y LÍMITES A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: PROPUESTAS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.	487
4.4. ELEMENTOS QUE DOTAN DE LEGITIMIDAD AL INTERPRETE SUSTITUTO DE LA CONSTITUCIÓN.	491
4.4.1. La positivización de criterios de interpretación de la Constitución: un sistema propio de interpretación constitucional.....	495
4.4.2. Directivas o criterios de interpretación primarios para el nuevo constitucionalismo latinoamericano.....	502
4.4.3. Directivas de interpretación secundarias.	506
4.4.4. Pautas de preferencia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.	512
4.4.5. La ponderación como problema de legitimidad.	513
4.4.6. ¿Precedentes para interpretar o interpretando los precedentes?: Resolviendo un problema de legitimidad.....	517
4.4.7. La supremacía del principio democrático y de separación de poderes: Una constitución para el desarrollo democrático.	525
4.5. EL PUEBLO COMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: UNA PROPUESTA DESDE EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR.....	527
4.7.1. Algunas versiones del Constitucionalismo popular.	531
4.7.2. Constitucionalismo popular y nuevo constitucionalismo: la participación democrática como elemento articulador para una interpretación popular de la Constitución.	535
4.7.3. Reforma constitucional como control a la interpretación constitucional y mecanismos de participación: Promoviendo su práctica y eliminando sus controles.....	542
4.7.3.1. El carácter no judicializable de las reformas constitucionales: una cuestión del diseño institucional.	546
4.7.3.2. La Constitución como un texto inacabado y en constante construcción: la reforma como medio que dinamiza las demandas populares.	557
4.7.4. ¿Constitucionalismo popular en Latinoamérica?	562
4.7.5. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular.	567
4.7.6. La superación de modelos liberales de interpretación.....	568
4.7.7. POR UNA INTERPRETACIÓN POPULAR DE LA CONSTITUCIÓN.	570
5. CONCLUSIONES.	583
REFERENCIAS.....	596

Introducción.

Las constituciones del NCL han tenido como principal tesis la defensa de la soberanía popular sobre la voluntad de los poderes constituidos, reivindicando la noción de poder constituyente como voluntad creadora de la cual se desprende la fuerza normativa de la Constitución, anteponiendo el elemento político sobre el jurídico, dándose una legitimación del texto constitucional a través de la voluntad popular.¹ Por ello, hablamos del poder constituyente como voluntad de legitimación de dos niveles: un primer nivel, que legitima el texto normativo supremo entendido como constitución que establece límites a los poderes constituidos; y en un segundo nivel, como poder que controla el accionar de los poderes constituidos cuando estos desconocen el texto constitucional como voluntad soberana.

Por esto que el poder constituyente no se encuentre sometido a ningún otro poder o regla, tratándose de un poder político constitutivo del orden jurídico. Así que sea una noción rupturista y revolucionaria que desconoce cualquier orden establecido, para la formación de uno nuevo a partir del ejercicio del poder soberano en manos del pueblo.² Es como la noción de poder constituyente sea un sinónimo de libertad política, ya que es el pueblo quien estatuye sus propias reglas fundamentales, generando espacios participativos de constante intervención en el diseño constitucional.³

El nuevo constitucionalismo latinoamericano tendrá como eje fundante y común la activación del poder constituyente por parte del pueblo para la creación de un nuevo texto constitucional.⁴ Lo anterior, con la finalidad de modificar las viejas estructuras hegemónicas propias del derecho constitucional fundacional. Así, el nuevo constitucionalismo latinoamericano a diferencia de otras tesis,⁵ tiene como ideología política la defensa de pueblo por el mismo pueblo.

¹ BASSA, J. (2008). “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, *Nomos*, p. 54.

² KALIVAS, A. (2005). “Soberanía popular, democracia y poder constituyente”, *Política y Gobierno*, 12 (1), p. 103.

³ *Ibidem*, p. 116.

⁴ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista general de derecho público comparado*, 9, p. 13.

⁵ 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 nuevo constitucionalismo latinoamericano, se pueden señalar también como principales características de esta doctrina: (a) la extensión de los textos constitucionales buscando recoger múltiples aspiraciones y derechos que limiten el ejercicio de los poderes constituidos; (b) la supremacía de la Constitución con una apertura fuerte al derecho internacional de los derechos humanos; (c) la objeción democrática al control de constitucionalidad, debido a que la defensa de la Constitución por parte de los jueces implica a su vez la imposibilidad de mayores escenarios de participación del popular en las decisiones políticas y económicas de un Estado; y (d) la participación popular que a su vez entran en oposición con el hiperpresidencialismo y el control de constitucionalidad.⁶ No obstante, la principal característica del NCL según VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU, se concreta en la reivindicación del constitucionalismo democrático en el espectro constitucional,⁷ generando una ruptura con el constitucionalismo fundacional⁸ en el que fue prevalente la ausencia de legitimidad democrática en la creación constitucional como el nominalismo de la carta política.⁹ De allí, que la noción de poder constituyente tenga una especial importancia al momento de diseñar y poner en funcionamiento la respectiva carta política, legitimando el accionar de los poderes constituidos y del mismo derecho.¹⁰

Así las cosas, que el NCL busca conciliar dos conceptos antepuestos como lo es la noción *poder constituyente* entendido como poder absoluto e ilimitado con la idea de *constitucionalismo*,

⁶ SALAZAR, P. (2013). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”. En GONZÁLEZ, L y VALADES, D. *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

⁷ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, *Revista Ius*, 25, pp. 8- 29.

⁸ Ha entendido MARTÍNEZ 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*”. En “El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo Criollo y el nuevo constitucionalismo”, en GARCÍA, P y FERRIZ, R (Coord), *El legado de las cortes de Cádiz*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 839.

⁹ *Ibidem*, p. 851

¹⁰ VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *op. cit*, p. 8

entendido este como limitación al poder.¹¹ De esta manera, el NCL se caracteriza por ser un constitucionalismo de revolución que nace quebrando esquemas establecidos,¹² reivindicando los escenarios de participación democrática y asumiendo una nueva noción de soberanía. De este modo, el NCL no entiende como único escenario de actuación del poder constituyente la simple creación del contenido de la carta política, sino que este poder tiene un constante acompañamiento a la implementación, aplicación y cambio constitucional.

Ante la contracción y tensiones que pueden surgir entre constitucionalismo y democracia, el control de constitucionalidad ha intentado conciliar dichas posturas.¹³ Frente al control de constitucionalidad se ha recibido fuertes críticas por su carácter antidemocrático, no obstante, no se puede olvidar la importancia que tiene este para la protección y garantía de la constitución en el NCL. Ante la importancia del control de constitucionalidad y su legitimidad democrática, se hace necesario generar controles desde la interpretación que hacen los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad, con el fin de poder garantizar la soberanía en cabeza del pueblo.

Como bien indica MARTÍNEZ DALMAU 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 como el aumento en la protección de los derechos civiles y políticos.¹⁴ Empero, estas constituciones no han sido fuertes para resistir a la expansión del poder por parte de los poderes constituidos, por eso 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 por parte de estos.¹⁵ Es como el papel de la interpretación constitucional ejercida por tribunales constitucionales ha sido proclive a desconocer el principio democrático y garantista de la Constitución, dándose una especial relevancia al ejercicio de la democracia representativa en desmedro de las relaciones de participación directa del pueblo en las decisiones más

¹¹ NEGRI, T. (1992). *El poder constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*, Ed traficantes de sueños, Madrid.

¹² 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 completamente el ordenamiento jurídico imperante hasta ese momento y da vida a la Constitución de 1991.

¹³ 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.

¹⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2019). “¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?”, *Revista derecho y sociedad*, 51, pp. 191- 205.

¹⁵ *Ibidem*.

trascendentales.¹⁶ Así también se han generado mutaciones constitucionales que desconocen la voluntad popular al modificar, alterar o sustraer las normas creadas por el constituyente vía interpretación constitucional.

El NCL busca reivindicar la importancia de la voluntad popular en la creación y puesta en marcha de la Constitución que permita la evolución al Estado Constitucional,¹⁷ erigiéndose el poder constituyente en vigía constante de las actuaciones de los poderes constituidos como también buscando superar el constitucionalismo elitista, que predominó en el siglo XIX y gran parte del siglo XX¹⁸. No obstante, las constituciones del NCL aun poseen rasgos del constitucionalismo elitista, ya que la parte orgánica de estas constituciones han dejado en manos de un pequeño grupo de personas (juez constitucional) la facultad de decidir los sentidos normativos que tiene la Constitución.¹⁹ Así mismo, no han generado nuevas formas de distribución del poder, siendo estas cartas políticas frágiles a los poderes constituidos, ocasionando cambios constitucionales que han afectado el equilibrio constitucional.²⁰

Por otra parte, la noción de poder constituyente ha impactado en la rigidez de la Constitución, considerando que no se trata de 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,²¹ contradiciendo su propia ontología. Por esto, resulta ser una realidad que la inclusión de los poderes constituidos en el del poder de reforma, ha imposibilitado que la noción de poder constituyente arraigado al principio de soberanía popular haya tenido la dimensión deseada.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ MARTÍNEZ DALMAU (2012) 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).

¹⁸ GARGARELLA, R. (2015). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Estudios sociales revista universitaria*, semestre, año xxv, n° 48, Santa fe, Argentina, Universidad Nacional del litoral, primer semestre, pp. 19- 172.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ídem*.

²¹ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *op, cit*, p.11

Ante la necesidad de proteger la voluntad constituyente, las constituciones del NCL han dejado en mano de los jueces la defensa de la Constitución, adquiriendo la interpretación constitucional una especial trascendencia a la hora de entender el NCL, como a su vez los límites que debería tener el intérprete constitucional al momento de determinar el sentido de cada precepto normativo, ello so pena, de contrariar la voluntad popular que convertiría los poderes constituidos en poderes constituyentes de facto. Así las cosas, se ha dicho que el NCL como teoría de la Constitución busca por dar el mayor nivel de claridad a las disposiciones constitucionales y con ello, limitar la función interpretativa del juez constitucional, obstaculizando el cambio constitucional por parte de los poderes constituidos.²² Empero, el cambio constitucional propuesto por los poderes constituidos ha sido inevitable, siendo avalado por los tribunales constitucionales y generando un déficit democrático que contradice los postulados básicos del NCL.²³

En este punto, conviene ser explícitos en como las constituciones del llamado NCL (Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) han optado por entregar la defensa de la Constitución a los jueces como a su vez por preferir un control mixto de constitucionalidad que busca la garantía de los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Esto hace concebir la carta política como un instrumento normativo que irradia las actuaciones de los poderes públicos y los particulares, dejando el nominalismo propio de las constituciones fundacionales antidemocráticas, y, por el contrario, convirtiendo los textos constitucionales en verdaderas fuentes normativas. Sin embargo, las características propias de las constituciones del NCL desde un punto normativo se han interiorizado con postulados del neoconstitucionalismo, teniendo como principales características: (1) la apertura constitucional al derecho internacional; (2) la extensión y vaguedad de los textos constitucionales; (3) el carácter principalista de la Constitución; (4) la adopción de métodos anti formalistas de interpretación que han representado herramientas para el cambio constitucional de manera formal como informal, en donde han sido los jueces encargados de legitimar el fraude constitucional vía control de constitucionalidad.²⁴

²² Ibidem, p. 13.

²³ Así las cosas, MARTÍNEZ (2012) 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. En “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo”, *Revista General de Derecho Público comparado*, 11.

²⁴ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, op, cit, pp. 8 y ss.

De una u otra manera, la cultura jurídica propia del neoconstitucionalismo ha impregnado la forma de interpretar la Constitución democrática, ello principalmente sustentado en la garantía de la supremacía constitucional y un aparente discurso fuerte a favor de los derechos.²⁵

MARTÍNEZ DALMAU señala como el NCL ha intentado perfeccionar el modelo de control de constitucionalidad, intentando conciliar la noción de soberanía popular y constitucionalismo, esto es, ha procurado solucionar la siempre problemática legitimidad democrática de los tribunales constitucionales mediante mecanismos orgánicos como lo es la elección democrática de sus magistrados e inclusive el carácter popular de las acciones constitucionales.²⁶ No obstante, es de considerar que la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales no solo deberá contemplar sus componentes orgánicos, sino que como bien indica HABERMAS en términos de JIMÉNEZ la fundamentación de las decisiones judiciales darán un mayor o menor manto de legitimidad democrática a las mismas, 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.²⁷

Ante el posible desconocimiento de la voluntad popular mediante el cambio constitucional indica ALBERT como los nuevos estudios en derecho constitucional reflejan una clara tendencia a la degeneración democrática de las constituciones, donde los diversos actores políticos constituidos han hecho uso de mecanismos informales de cambio constitucional para traicionar y defraudar los cánones constitucionales promulgados por el poder constituyente.²⁸ Por ello, se hace necesario explorar teorías y doctrinas que prevengan y

²⁵ CONTRERAS, F. (2018). “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen”, *Revista de derecho público*.

²⁶ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional”, op, cit, p.285. 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.

²⁷ JIMÉNEZ, J. (2002). “La legitimidad democrática del juez constitucional”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 36, pp. 303- 328.

²⁸ El nuevo constitucionalismo latinoamericano sin lugar a duda se preocupa por la defensa de la soberanía en cabeza del pueblo. Al respecto MARTÍNEZ 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)

limiten este tipo de ataques al constitucionalismo democrático, tesis que deberá ser reforzada en el NCL dada 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, siendo la noción de soberanía popular aquella que 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 definen el sentido de la Constitución, generando reformas constitucionales informales o avalando el cambio constitucional formal que se sintetiza en defraudación de la voluntad del constituyente. No cabe duda, 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, el ejercicio interpretativo requiere de límites que controlen los poderes constituidos, ya que un poder sin controles no sería más que la usurpación de la voluntad popular por parte de los jueces, desconociendo la esencia misma del NCL.

Sobre la interpretación constitucional resulta importante señalar como en el sistema colombiano se ha dado un alto nivel de descontrol interpretativo que ha propiciado el cambio constitucional, subvirtiendo la voluntad del constituyente vía interpretación constitucional. Bajo la premisa anterior, los tribunales constitucionales entre ellos la CCC se ha erigido como un poder constituyente permanente, en tanto se le ha permitido la modificación de la Constitución vía interpretación constitucional, ya sea avalando actos de reforma de otros poderes constituidos, o ella misma generando el cambio constitucional. Así las cosas, la fuerte discrecionalidad en cabeza de los jueces ha tenido como eje la cultura jurídica de nuevo cuño, trayendo diversos mecanismos de usurpación del papel de poder constituyente por parte del poder judicial. Por ello, los tribunales constitucionales han hecho uso de fórmulas propias del neoconstitucionalismo a fin de generar cambios constitucionales contra el constituyente, esto debido a la ya mencionada interiorización del carácter normativo propio de esta teoría del derecho. Así las cosas, podemos mencionar como fórmulas normativas del neoconstitucionalismo presentes en el NCL: (1) la sobre interpretación constitucional en cabeza de los jueces a raíz de una tipología variada de sentencias; (2) el carácter principal de los derechos, reglas y garantías constitucionales; y (3) la alteración del sistema de fuentes como mecanismos que amplían su discrecionalidad interpretativa. Con todo, estos elementos han generado desequilibrios institucionales no solo entre las ramas del poder público sino

han intervenido de forma directa en el principio de soberanía popular, creando cambios constitucionales sin la aquiescencia del pueblo como máximo soberano.

En este punto, es conveniente enunciar como las constituciones del NCL resultan ser contradictorias en su estructura con su base ontológica. Al respecto VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU han señalado como las constituciones del NCL se caracterizan por ser constituciones extensas de naturaleza principialista, técnicamente complejas y lingüísticamente sencillas como superación del constitucionalismo elitista a un constitucionalismo popular. Se podrá decir que son complejas técnicamente, ya que tienen como finalidad impedir que la literalidad del texto impida la búsqueda de soluciones a las necesidades del pueblo. Así mismo, su articulado busca entregar la mayor claridad posible al intérprete como restringir su margen de acción de los poderes constituidos,²⁹ no obstante, su carácter principial ausente de reglas jurídicas han generado espacios de amplios márgenes de discrecionalidad judicial por parte de los poderes constituidos desconociendo y modificando la voluntad popular plasmada en la Constitución política.

En el presente trabajo partiremos del concepto amplio de interpretación como un proceso intelectual que busca encontrar el significado de un texto normativo como las relaciones entre este texto y su aplicación a un caso particular.³⁰ Por ello, que no pueda existir una interpretación abstracta de un enunciado normativo, sino siempre deberá darse en el marco de un caso particular donde el intérprete de los múltiples sentidos que tiene el enunciado escoge uno de ellos, es decir, se da un proceso subjetivo donde el intérprete escoge el sentido “correcto” del postulado normativo.³¹ Es de considerar 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 las decisiones políticas, ciñéndose a un conjunto de reglas interpretativas predisuestas por el constituyente, siendo esta la principal línea argumentativa del trabajo.

Como bien anota VILA, frente a la interpretación jurídica siempre se ha dado la discusión respecto de su finalidad, aún más en el plano constitucional. De aquí, que el autor colombiano se pregunte por indagar la voluntad del creador de la norma (teoría subjetiva) o el sentido

²⁹ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal”, *op. cit.*, p. 1-24.

³⁰ VILA, I. (2021). *Fundamento del derecho constitucional colombiano*, 3 ed, Universidad Libre, Bogotá, pp. 292 y ss.

³¹ *Ídem.*

que ella tiene incorporado (teoría objetiva). Es como, las teorías subjetivas de la interpretación privilegian el sentido histórico de la norma, generando un mayor margen de seguridad jurídica. A *contrario sensu*, las teorías objetivas privilegian el sentido de la norma en sí mismo independientemente de su autor, lo que permite integrar y adaptar las normas al ordenamiento jurídico vigente.³² Sin lugar a duda, 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 como lo es la Constitución de Colombia de 1991, las últimas constituciones del NCL han traído consigo cláusulas expresas para la interpretación de los postulados constitucionales, queriendo establecer límites a la actividad interpretativa por parte del juez constitucional.³³ Sin embargo, en la práctica los tribunales constitucionales han obviado en muchos eventos dichas cláusulas y ha 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 dar un paso hacia el Estado Social de Derecho. Con ello, la Constitución de 1991 en parangón a la Constitución de 1886 trajo consigo un amplio catálogo

³² VILA, I. (2021). *Fundamento del derecho constitucional colombiano*, 3 ed, Universidad Libre, Bogotá.

³³ 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).

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 del legislador, han terminado generando la reafirmación de la ausencia de límites interpretativos señalados en la Constitución. De este modo, la principalización 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, como a su vez, los derechos, reglas y garantías constitucionales.

De esta forma, conviene indicar como el tribunal constitucional colombiano desde sus inicios ha utilizado criterios sistémicos, extra sistémicos 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 de parte de los órganos constituidos, en este caso el poder judicial en cabeza de la CCC ha 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 para los cambios constitucionales vía interpretación constitucional como a su vez, proponer mecanismos para la defensa de la voluntad popular mediante la interpretación constitucional, sin obviar la necesidad de que exista una hermenéutica constitucional que tenga como últimas finalidades: descifrar la voluntad constituyente y evitar la usurpación del poder soberano.

De este modo, la interpretación constitucional resulta ser esencial a la teoría democrática de la Constitución y el NCL, ya que busca reivindicar y ser medio para la asunción de la voluntad popular como poder soberano, estableciendo sendos límites a los poderes constituidos. Por ello, no se busca que el juez constitucional no intérprete el texto constitucional, sino que lo

intérprete con miras a satisfacer la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Por ello, el juez constitucional debe tener una especial función en el escenario democrático, que no es otro que el respeto de la soberanía popular a través de las normas constitucionales, fungiendo única y exclusivamente como un legislador negativo.

De esta forma, una vez descrita una teoría general del NCL y su relación con la interpretación constitucional, se abordará las principales formas de cambio constitucional por parte de los poderes constituidos teniendo como eje base la institución de las mutaciones constitucionales y su relación con la reforma, tomando como caso de estudio la figura de la reelección presidencial en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia. Finalmente, se pasará a analizar las principales características de interpretación constitucional y los criterios utilizados por la CCC como caso de estudio particular del NCL. Esto pondrá en evidencia las principales causas para el cambio constitucional de manera formal e informal por parte de los poderes constituidos que se han dado 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, aún más cuando los tribunales constitucionales en sí mismo tienen sobre sí, una ausencia de legitimidad democrática que de una u otra manera retoma el constitucionalismo elitista de vieja data.³⁴ Por ello, a pesar de que los tribunales constitucionales son los encargados de dar sentido al texto constitucional, nunca dicha interpretación podrá por estar por encima de la Constitución, de allí que resulte de importancia entender el proceso de interpretación constitucional

Así las cosas, 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 que afectan el principio de soberanía popular. Por ello, se tendrá como hipótesis de como la ausencia de reglas en la interpretación constitucional adoptada por los

³⁴ BERNAL PULIDO, C. (2018). “Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución”, *Anuario Iberoamericano de derecho de justicia constitucional*, 22, 59-99.

tribunales constitucionales del NCL han permitido el cambio constitucional y con ello, se 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. Para posteriormente, formular una serie de medidas que propendan por controlar la interpretación de los jueces en el NCL, que resulte acorde al respeto de la voluntad soberana en cabeza del pueblo.

En efecto, se tendrá como eje del trabajo a realizar 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 el 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 limitación de los poderes constituidos contradiciendo la esencia del NCL y su carácter democrático.

No obsta mencionar como bien dice MARTÍNEZ DALMAU las últimas constituciones del NCL han intentado limitar el espectro interpretativo de los tribunales constitucionales (Ecuador y Bolivia) bajo guías hermenéuticas que no tienen otra finalidad más que generar un control que propenda por relacionar la voluntad constituyente con la normativa constitucional.³⁵ Empero, como bien identifica SAGÜES este tipo de cláusulas en el NCL han carecido de una verdadera legitimidad competencial, técnica e ideológica que han generado ambigüedades interpretativas,³⁶ conduciendo a un amplio margen de discrecionalidad judicial, que termina por desconocer esos mismos criterios interpretativos y en últimas afectar el carácter ontológico del NCL, que no es otro que la defensa del poder constituyente como poder soberano.

³⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, *XV encuentro de latinoamericanistas españoles*, Nov, 2012, Madrid, España, p. 641.

³⁶ SAGÜES, N. (2012). “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento constitucional*, 16, p. 183-193.

También, se ha puesto en evidencia como 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 veces antagónicos) de criterios a utilizar en determinada decisión.³⁷ De cualquier forma, la ausencia de límites interpretativos conlleva, a que los jueces antes de la toma de una decisión ya sepan la suerte de esta y así, apliquen determinados criterios de interpretación para la justificación de la providencia, anteponiendo el resultado sobre el método.³⁸ 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 encuentran vital importancia para la autoconcepción del poder judicial como poder constituido subordinado al pueblo, como también plantearse modificaciones institucionales en defensa de la voluntad popular.³⁹

Con todo, el NCL se ha visto de facto fuertemente influenciado por escuelas de interpretación neoconstitucionalistas que paradójicamente son opuestas las bases del constitucionalismo democrático. Sin embargo, es menester señalar como 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, han paralizado la amplificación de los escenarios democráticos y el ejercicio de la voluntad soberana por parte del pueblo, todo ello, legitimado bajo ingeniosas y forzadas fórmulas de interpretación constitucional.

Es como la amplitud de derechos y la cultura jurídica ha posibilitado la asunción de criterios de interpretación propios del neoconstitucionalismo que 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, desconociendo la voluntad popular.

En el caso colombiano como caso específico para desarrollar la relación de la interpretación constitucional y NCL, se evidenciará como los criterios utilizados por la CCC resultan ser un

³⁷ GARGARELLA, R. (2004). “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional”, *La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/6.pdf>

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ídem*.

híbrido de criterios de interpretación que representan la ausencia de límites a la actividad jurisdiccional. Es entonces como 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, que en sí mismo resulta ser contradictorio con la asunción de la noción de soberanía popular y el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1991.

Por todo, 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, es de considerar 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: una 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, del cual se desprenden una serie de características que construyen toda una doctrina con elementos *sui generis* diferenciadores de otros modelos teóricos, creando un eje doctrinal que ha entregado en manos de los jueces el papel de guardián 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.

Es por ello, que el NCL no ha sido ajeno a ver en la interpretación de la Constitución un peligro mismo para la voluntad constituyente plasmada en el texto supremo, contemplando mecanismos que busquen dotar de legitimidad democrática las decisiones de los tribunales constitucionales. No obstante, las mismas estructuras normativas de los textos constitucionales como la interiorización de un modelo normativo de índole neoconstitucionalista que permita la supremacía de la Constitución, han propiciado un amplio margen de discrecionalidad en los jueces constitucionales, permitiendo 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 de control de constitucionalidad en el NCL, sus modelos y principales características, partiendo de la base 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 teniendo como influencia algunos elementos propios del neoconstitucionalismo, lo que pudiese causar una aparente confusión, esto debido a una finalidad convergente entre ambos modelos teóricos, ello es, la garantía la supremacía de la Constitución en estos modelos. No obstante, se tratará de modelos con punto de encuentro respecto de su normatividad, pero divergentes desde un plano político. De este modo, la adopción de fórmulas interpretativas del neoconstitucionalismo de una u otra manera han erosionado el papel legitimador del

constituyente respecto del plano jurídico, reduciendo los límites de la función interpretativa en cabeza de los jueces constitucionales

Finalmente, se analizará de manera somera la ideología y modelos interpretativos de las constituciones del NCL, a fin de defender una tesis en favor del 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 NCL y el control de constitucionalidad.

El principio de soberanía popular representa una forma constitucional de dar mayor fuerza normativa a la Constitución que a las otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico.⁴⁰ El principio de supremacía constitucional se erige como una máxima que refleja la jerarquía entre normas dentro de un ordenamiento jurídico, siendo subordinados todos los actos emanados de los poderes públicos a la Constitución.⁴¹ Así la legitimidad del sistema reposara en el mismo pueblo, por eso no solo la legislación en caso de ser contraria a la Constitución deba ser expulsada del ordenamiento jurídico, sino que además deberá la Ley estar dirigida a la garantía de los preceptos constitucionales, es decir, tendrá una dimensión negativa pero también positiva.⁴²

La Constitución por ende no podrá ser entendida como una pieza más del ordenamiento jurídico, sino la norma que otorga validez y legitimidad de las demás normas del sistema.⁴³ Por lo que se dé una relación jerárquica de subordinación de la Constitución respecto del resto de normas, no solo en sus contenidos materiales sino también en el procedimiento mismo de la creación normativa.⁴⁴

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

⁴⁰ DEL ROSARIO, M. (2011). “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”, en *Dikaion*, 20 (1), pp. 106 y ss.

⁴¹ CANOSA, R. (1988). *Interpretación constitucional y formula política*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, p. 170-171.

⁴² *Ídem*.

⁴³ Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*, 4 ed, Editorial Eudeba, p. 111-112

⁴⁴ *Ídem*.

del principio de rigidez constitucional que diferencia los actos reformativos de la Constitución de los realizados a la Ley, siendo más agravados los procedimientos de reforma de la Carta Política, de allí que se impida que los poderes constituidos modifiquen de manera flexible esta, alterando la voluntad constituyente.⁴⁵ Además de ello, se tendrán como características: (1) La primacía de la Constitución como norma de la cual se emana la competencia de los poderes constituidos, siendo necesario que la expedición de los demás actos normativos se adelanten conforme lo dispuesto en la carta política; (2) La supremacía de la Constitución como jerarquía normativa que sirve como estándar para la validez o invalidez de las demás normas del ordenamiento jurídico.⁴⁶

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 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, fungiendo la Constitución como un documento de naturaleza contractualista en el que se concreta el consenso de una comunidad política en el que los poderes constituidos son subordinados al pueblo como única voluntad soberana y permanente.⁴⁷ Es por esto, que el carácter material de la Constitución sea asociado a su dimensión política en donde se prevea “un proyecto que va del presente al futuro, pero que de acuerdo con una correlación de fuerzas además superar el pasado (...).”⁴⁸

Referente a la legitimidad de la Constitución y su relación con el principio de supremacía constitucional HAMILTON indicaría como ningún acto emanado de los poderes públicos podría ser contrario a la Constitución dado que, si ello fuese así, se estaría desconociendo al pueblo como único poder soberano.⁴⁹ Desde el punto de vista material, el control de constitucionalidad y el principio de supremacía constitucional se ha fundamentado en la teoría del poder constituyente, en donde no pueden los poderes constituidos contravenir la voluntad soberana del pueblo.

⁴⁵ DEL ROSARIO, M. (2011). “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”, *op. cit.*, pp. 102-103.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 102- 109.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 107-108

⁴⁸ 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*, Quito, p. 19.

⁴⁹ HAMILTON, H, MADISON, J y JAY, J. *El federalista*, Librodot, p. 295-296

Así mismo, como ha indicado CANOSA 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 ambas.⁵⁰ Además de lo dicho, se exige que dentro del texto constitucional se contemplen elementos axiológicos que permitan la continuidad del orden constitucional, ello a partir de la inclusión en la Constitución de valores inherentes de una sociedad, convirtiéndose en preceptos normativos que buscan ser interpretados por los jueces en cualquier actuación judicial.⁵¹ De este modo, la supremacía de la Constitución contemplara los derechos constitucionales como límites al ejercicio de los poderes públicos y la Ley de los débiles ante los fuertes políticamente.⁵²

De esta forma como bien indica JIMENEZ la supremacía de la Constitución tiene un efecto expansivo que busca que cualquier acto público o privado se encuentre conforme a la Constitución.⁵³ En este punto, la interpretación de la Constitución cobra especial importancia, ya que de los múltiples sentidos que pudiese tener una norma es necesario adoptar aquella más acorde al texto constitucional, buscando superar los vacíos, lagunas y ambigüedades del sistema jurídico, para así asegurar seguridad jurídica y vigencia del ordenamiento.⁵⁴

Inicialmente, en las Constituciones del NCL se adoptó la supremacía de la Constitución en la propia declaración del constituyente en el texto fundamental, situación que sería ratificada por sus propios tribunales constitucionales. Sin embargo, en las constituciones del NCL se presentan dos situaciones que de cualquier forma podrán tener efectos en el modo en cómo se podría interpretar el texto constitucional. En primer término, las constituciones de Colombia y Venezuela adoptaron una cláusula general que pregona por el principio de supremacía constitucional, pero que no desarrolla 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 también una jerarquización explícita de las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico, representando una evolución del principio de supremacía

⁵⁰ CANOSA, R. (1998). *Interpretación constitucional y formula política*, op, cit, p. 171.

⁵¹ Ibidem., p. 132- 137; DEL ROSARIO, M. (2011). “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”, op, cit, p. 111.

⁵² FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 4 ed, Editorial Trotta, p. 65 y ss.

⁵³ JIMENEZ, M. (2021). *El constitucionalismo procesal débil. Una posible síntesis entre democracia y la Constitución*, Tirant Lo Blanch, Bogotá, pp. 79-80.

⁵⁴ Ibidem, pp. 8687.

constitucional y en cualquier caso, limitar 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.”⁵⁵

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

Al hablar de la función integradora la CCC destacara que la interpretación del juez constitucional deberá 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 las diversidad étnica y cultural como todos los valores que conforman el modelo de Estado democrático y social de derecho acogido por el Constituyente de 1991, haciéndose necesario que las normas jurídicas estén destinadas a guardar afinidad con estos principios, guardando una coherencia interna que privilegie la efectividad de la Carta política.⁵⁶

De la función directiva la CCC mencionara como de las múltiples interpretaciones que se puedan dar de una norma, el juez constitucional deberá escoger aquella que privilegie la compatibilidad con la Constitución, buscando armonizar el ordenamiento jurídico con el texto supremo, dando aplicación a los criterios de conservación del derecho e interpretación conforme⁵⁷.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art., 4.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-054 de 2016.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-054 de 2016.

De la función jerárquica se señalará una doble arista: (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 ser superpuesta a esta; (2) servir de parámetro de validez formal y material a las demás normas del ordenamiento jurídico, dado que en el primer parámetro la Constitución entrega verdaderas competencias normativa a los poderes públicos como el procedimiento de creación, mientras que desde un punto de vista material se evaluará la norma infra constitucional con la Constitución a fin de determinar su compatibilidad⁵⁸. La Constitución Política de Venezuela en igual sentido desarrollaría 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.”

La Constitución política de 2008 de Ecuador 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.”⁵⁹

Además de ello, establece en su artículo 425⁶⁰ una jerarquía normativa explícita entre las diferentes normas del ordenamiento jurídico, disponiendo en la cima jerárquica el texto constitucional como norma suprema. 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

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-054 de 2016.

⁵⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, art. 424.

⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, art. 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.”

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, lo que da cuenta que, la adecuación formal y material de las normas a la Constitución se da en todos los campos y materias, porque todas las normas y actos del poder público deben mantener conformidad con la normativa constitucional, por lo que resulta de primordial importancia examinar y comparar las normas que integran el sistema jurídico para establecer si forman parte del nuevo paradigma constitucional, así como la jerarquización establecida en ella para su aplicación, esto es, en primer lugar la Constitución, luego los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y los reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones, y demás actos y decisiones de los poderes públicos; por ello, es importante considerar que en el caso de conflicto de normas de distinta jerarquía, esta Corte, las juezas y los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo deben resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.⁶¹

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

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

2. 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
- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.”⁶²

En el caso boliviano, el TCPB ha expuesto como el principio de supremacía constitucional no puede basarse en las viejas definiciones o concepciones jerárquicas del texto constitucional, sino deberá ser entendida como el conjunto de derechos, principios y valores

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, sentencia 005-13-SIN-CC.

⁶² CONSTITUCIÓN PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009, art. 410.

que coexisten en un ordenamiento jurídico y representa una base pluralista e intercultural del pueblo.⁶³ 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.⁶⁴ De allí, que se establezcan tanto una garantía primaria como lo es la asunción del principio de supremacía constitucional, como a su vez mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas,⁶⁵ permitiendo la salvaguarda de la voluntad popular sobre la decisión de los poderes constituidos.

El principio de supremacía constitucional contempla la necesidad de un sistema de justicia constitucional que permita al ciudadano la garantía de la voluntad popular mediante diferentes mecanismos de protección. Es por ello, que el principio de supremacía constitucional debe ser concretizado 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 de las vulneraciones de los poderes constituidos y de los mismos particulares, constituyéndose en una garantía adjetiva para definir los conflictos entre el pueblo como poder soberano y los poderes públicos como poderes constituidos.⁶⁶ La supremacía constitucional significa la asunción del Estado Constitucional que a tenor de lo dicho por PEÑA tendrá las siguientes características:

1. La adopción de múltiples mecanismos jurisdiccionales que permitan la protección del orden constitucional y los derechos consagrados en la carta
2. El carácter objetivo de los derechos, que se convierten en verdaderas obligaciones para los poderes públicos, que obligan ya no solo a no interferir respecto de algunos derechos, sino a tomar acciones positivas a favor de otros derechos, superando la clásica noción de constitución-garantía a la Constitución- programática.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, sentencia 0479/2018- S3.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ THEA, F. (2014). “La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales”, en *Pensar en Derecho*, 4, p. 333

⁶⁶ BREWER- CARIAS, A. (2008). “El juez constitucional vs la supremacía constitucional”, en *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 9, pp. 18-20

3. El carácter social de la Constitución, donde se encuentra un catálogo amplio de derechos sociales que deben ser garantizados por los poderes públicos.⁶⁷

Así las cosas, la supremacía constitucional requiere tanto de una visión formal como material que asegure la aplicación y garantía de las normas constitucionales, que a su vez hace necesario legitimar el accionar de los poderes constituidos a través de la voluntad popular. La voluntad constituyente se convierte en un mandato para los poderes, pero también como un límite a su accionar. De este modo, las constituciones del NCL emplean una visión material anclada en la voluntad del poder constituyente como una visión formal que emplea diversos medios para garantizar su cumplimiento, entendiendo que la materialización del Estado constitucional requiere de ambos conceptos.⁶⁸

De este modo, las constituciones del NCL han intentado fusionar ambos conceptos de supremacía a través de modelos de control de constitucionalidad fuertes que buscan la garantía de la Constitución, pero implementando elementos orgánicos que legitiman su accionar por medio de fórmulas orgánicas de índole democráticas directas o indirectas.⁶⁹

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

1.2. El modelo y sistema de control de constitucionalidad en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El modelo de control de constitucionalidad se encuentra asociado a circunstancias históricas y filosóficas donde nacieron estos mecanismos de control de constitucionalidad, mientras que se hablarán de sistemas cuando se atiende al tipo de control o aparato utilizado para garantizar la supremacía de la Constitución, por esto que se puedan combinar modelos con

⁶⁷ PEÑA, A. (2007). “Constitucionalismo y garantismo: una relación difícil”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 41, p. 242-246.

⁶⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en AVILA, R, Grijalva, A y MARTÍNEZ DALMAU, R. (Ed), “Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Ministerio de justicia y derechos humanos, Quito, 282-284

⁶⁹ Ibidem, pp. 285- 286.

sistemas.⁷⁰ Dentro de los modelos podemos enunciar el modelo político como ejercicio parlamentario; el modelo europeo donde se crea un órgano especializado por fuera de la rama judicial para conocer de los conflictos constitucionales; y el modelo norteamericano donde todos los jueces tienen competencias de constitucionalidad.⁷¹ Mientras que por sistemas encontraremos: un sistema concentrado sustentado en la anulación de las normas infra constitucionales por parte de un órgano especial, dándose un control abstracto de las normas jurídicas; el control difuso que permite la inaplicación de las normas que se consideren inconstitucionales en un caso específico, siendo un sistema concreto; y sistemas híbridos como aquellos que contiene elementos del sistema concentrado y del difuso.⁷²

HIGHTON señala que los sistemas de control de constitucionalidad predominantes en occidente son: (1) el sistema del *judicial review* o difuso como modelo en cabeza de todos los jueces cuya aplicación de las normas constitucionales se produce en un caso concreto, teniéndose la decisión judicial efectos *inter partes*; (2) 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.⁷³

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 los procesos contenciosos de naturaleza constitucional, sin embargo, su naturaleza jurídica no parece del todo definida.⁷⁴ Así mismo, las constituciones políticas del NCL también han adoptado algunas características del modelo estadounidense, ya que distribuyen competencias en materia constitucional en todos los jueces, por ello que se indiquen que tienen una especial connotación de ser modelos híbridos.⁷⁵ Lo anterior, dado que son tribunales que conocen de manera concentrada la declaratoria de inconstitucionalidad sobre Leyes y demás normas jurídicas, expulsando las mismas del ordenamiento jurídico por su contradicción con la carta política; como a su vez

⁷⁰ QUINCHE, M. (2013). *El control de constitucionalidad*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, p. 33- 34.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 34- 38.

⁷² NOGUEIRA, H. (2002). “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del sur”, en *Ius et praxis*, 8(2), pp. 73 y ss.

⁷³ HIGHTON, E. (2010). “Sistemas concentrado y difuso de Constitucionalidad”, en BOGDANDY, A, MORALES, M y FERRER, E. (Coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización hacia un ius constitucionale Comune en América Latina*, Tomo I, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 109- 108

⁷⁴ En este sentido no se podría decir que estos tribunales se encuentren por fuera de la estructura propia del poder judicial. Revisar Ley estatutaria de la administración de justicia.

⁷⁵ QUINCHE, M. (2013). *El control de constitucionalidad*, *op, cit*, p. 40.

aplican directamente la Constitución o inaplicando normas infra constitucionales por ser contrarias al texto supremo, pero sin que estas salgan del ordenamiento jurídico.

Especial énfasis merece el modelo de justicia constitucional del NCL que resulta ser 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*, en tanto se combina un modelo en donde los tribunales constitucionales guardan la supremacía de la Constitución, pero los jueces ordinarios tienen las facultades de inaplicar las normas contrarias a la Constitución, que en cualquier caso serán los Tribunales Constitucionales la última palabra frente a la inaplicación o no de determinada norma, por ello no podrá decirse que el modelo de control de constitucionalidad en el NCL sea concentrado, puesto que no se entregan facultades en materia de constitucionalidad solo a un tribunal o corte.⁷⁶

Con todo, el NCL adopta un sistema de control de constitucionalidad mixto, destacando su especial naturaleza popular que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos contempla una legitimación procesal amplia para que sea el pueblo mismo quien pueda interponer dichas acciones como medio de defensa de la soberanía popular.⁷⁷ Esto genera una ruptura con los esquemas clásicos de constitucionalidad que reconocen estos derechos a un grupo pequeño de personas según sus especiales calidades.⁷⁸ Así las cosas, habrá que diferenciar como el control mixto de constitucionalidad implica el desarrollo tanto un control concentrado de constitucionalidad como a su vez 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 como de los mismos 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, entregando dicha legitimidad a algunas autoridades o al pueblo,⁷⁹ siendo más democrático y afín a la teoría del poder constituyente —como noción que retoma el constitucionalismo democrático en el NCL —

⁷⁶ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67/68, pp. 42- 43.

⁷⁷ STORINI, C y ESCUDERO, J. (2011). “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, 9, p. 15

⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁹ NOGUEIRA, H. (2004). “La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales en América del sur”, en *IUS ET PRAXIS*, 10 (2), p. 3

aquella que pregonaba por 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 como una amplia legitimación para accionar⁸⁰ 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 como uno de los más famosos críticos de la revisión judicial y del control de constitucionalidad, ha señalado cómo los tribunales constitucionales no se encuentran legitimados para resolver asuntos políticos como tampoco revisar las decisiones de órganos que sí han sido elegidos democráticamente por el pueblo, proponiendo la parlamentarización de la jurisdicción constitucional con el fin de que las controversias alrededor de los derechos se resuelvan mediante cánones más democráticos.⁸¹ El autor presenta sus objeciones al control de constitucionalidad respecto de la elección antidemocrática en que se eligen los jueces constitucionales, los desacuerdos que surgen entre los derechos y las interpretaciones que realizan los jueces que terminan convirtiéndose en decisiones que no pueden ser revertidas mediante formas democráticas,⁸² es decir, las decisiones de los tribunales constitucionales a diferencia de los demás poderes no tienen un control, generando desequilibrios institucionales frente a los demás poderes y frente al mismísimo pueblo que tampoco podría anular sus decisiones. El autor neozelandés señala cómo desde un punto de

⁸⁰ GARGARELLA, R. (2018). “Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano””, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27 (1), p. 120.

⁸¹ De esta manera, WALDRON 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.”, en WALDRON, J. (2008). “Control de constitucionalidad y legitimidad política, en DIKAION, 27 (1), p. 12. Puede verse también WALDRON, J. (2018). “Contra el Gobierno de los jueces”, pp. 106- 110; entre otros críticos del control de constitucionalidad puede citarse a

⁸² *Ídem*.

vista procedimental y liberal, el control de constitucionalidad no resulta ser legítimo en primer término, porque existen mecanismos más democráticos para la toma de decisiones que la decisión de una mayoría de un tribunal constitucional; segundo, porque las decisiones tomadas por las Cortes implican una privación de los derechos individuales de cada ciudadano sin que este tenga la mínima participación en la toma de la decisión. Mientras que desde un factor interno de la decisión, indica cómo las interpretaciones dadas por los tribunales tienen una especial connotación política, presentándose una judicialización de la política que espera el cambio de composición en la Corte para el cambio del rumbo jurisprudencial.⁸³ Por ello, el debate central en torno al control de constitucionalidad se da por el procedimiento no deliberativo en que se resuelven los desacuerdos frente a los derechos, negando la participación democrática a otras instituciones para la definición del texto constitucional.⁸⁴

Frente a la crítica al control de constitucionalidad y 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 el control.⁸⁵ Ello por cuanto sería adoptar la visión de la Constitución como una Ley más, situación que se vuelve contradictorio con el principio de soberanía popular y el pueblo como poder constituyente

Ahora bien, desde un punto de vista político la crítica al control de constitucionalidad tendrá una visión restringida del concepto de soberanía, en tanto que criticará el hecho de que el control de constitucionalidad defienda la voluntad del poder constituyente como poder soberano y absoluto, ya que muchos textos constitucionales no obedecen a la voluntad real del pueblo debido a la antigüedad de sus textos o el carácter no democrático de su creación.⁸⁶ Además, presenta como argumento adicional modelos de restricción que no tienen ningún tipo de legitimidad democrática como lo es el caso de los derechos humanos.⁸⁷

⁸³ *Ídem.*

⁸⁴ 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, Buenos Aires, p.124.

⁸⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “¿Qué es el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”?”, en *Gaceta constitucional*, tomo 52, p. 305.

⁸⁶ WALDRON, J. (2018). *Contra el Gobierno de los jueces...*, *op., cit.*, p. 43.

⁸⁷ Al respecto WALDRON dirá: “Sin embargo, lo principal es que son derechos humanos, no los derechos de un pueblo en particular organizado bajo una Constitución particular. El pacto representa un compromiso de cada Estado parte, pero es un compromiso conjunto, no solamente individual; el régimen del pacto une a los distintos Estados en un solo sistema que aboga por la no violación y la promoción de los derechos humanos”, En, *Contra el gobierno de los jueces...*, *op., cit.*, p. 47.

No obstante, esa visión resulta ser inocua a las constituciones del NCL en razón de que como se sabe estas son constituciones democráticas que reivindican al pueblo como poder soberano y su propia ontología, lo que imposibilita cualquier tipo de restricción. Además, frente a los modelos de restricción en derechos humanos, es de recordar como el mismo carácter democrático de las constituciones del NCL integran los derechos internacionales de los derechos humanos al texto constitucional, siendo voluntad de constituyente la remisión normativa a estos textos, elemento que se revisará más adelante al abordar la apertura del derecho internacional en estas constituciones. De cualquier forma, podríamos sintetizar como principales argumentos en contra del control de constitucionalidad:

1. La ausencia de canales democráticos para la elección de jueces constitucionales, siendo espacios reservados a la discrecionalidad de los poderes públicos.
2. El carácter vitalicio en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los tribunales constitucionales.
3. La facultad de anular las decisiones de los poderes elegidos democráticamente.
4. La imposibilidad de garantizar procesos democráticos.⁸⁸

Aunado a las anteriores críticas, el sistema de nombramiento de jueces además encierra otro problema democrático y es que la selección de sus jueces a diferencia del parlamento no representa una pluralidad de facciones que permiten ejercicios de toma de decisiones más deliberativos, por cuanto quienes ocupan dichos cargos pertenecen a una élite social, política y económica, impidiendo una visión general de los problemas de la sociedad⁸⁹ adoptando modelos que privilegian a una clase en específico.⁹⁰ Ello sumado a los límites que también se imponen para el acceso a la jurisdicción constitucional.

En este sentido, la crítica y objeción contra mayoritaria tiene una lógica interna y externa, en tanto cuestiona el carácter político de las decisiones judiciales como la estructura orgánica del nombramiento de los jueces constitucionales. Con todo NOGUERA, señala como las propuestas de quienes abogan por la objeción contra mayoritaria no han articulado las

⁸⁸ NOGUERA, A. (2011). “¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo, en *Oñati socio-legal series*, 1 (2), p. 8

⁸⁹ GARGARELLA, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito, p. 55-70.

⁹⁰ PISARELLO, G. (2011). *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 189- 139.

nociones de soberanía, justicia constitucional y participación en razón a que no supera los modelos liberales clásicos de representación política que bajo el modelo de soberanía popular hace necesaria la integración de mayores mecanismos de participación directa por parte del pueblo, permitiendo que este se integre como actor político permanente que toma decisiones en la vida institucional de un Estado.⁹¹ De este modo, las visiones liberales del derecho han impedido la superación de los derechos liberales como derechos absolutos, creando más brechas de desigualdad entre los ciudadanos y relativizando las posibilidades de cambio constitucional democrático, que en democracias modernas deberá permitirse a los ciudadanos la actualización de las disposiciones constitucionales mediante mecanismos más deliberativos.⁹²

En todo caso, el NCL ha traído diversas innovaciones democráticas que permiten en mayor medida la articulación entre soberanía, democracia y justicia constitucional, incorporando elementos sustantivos, jurisdiccionales y orgánicos para un constitucionalismo más democrático.⁹³ Así 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; mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadanos- Estado; y la forma de elección y composición de los tribunales constitucionales, imprimiéndoles un especial componente democrático a la justicia constitucional, que permita la superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad.⁹⁴ En este último punto, como se verá más adelante, las clásicas críticas al carácter no popular de los jueces constitucionales⁹⁵ como intérpretes últimos de la Constitución⁹⁶ serán revaluadas, estableciéndose mecanismos más democráticos para su elección, periodos limitados en el tiempo para el ejercicio de funciones y mecanismos jurisdiccionales que permiten un mayor acceso de la ciudadanía a la justicia constitucional, constituyéndose en una “jurisdicción popular”.⁹⁷ Además de ello, desde un punto de vista interno, traerá elementos de interpretación de la Constitución que hace

⁹¹ NOGUERA, A. (2011). “¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo, en *Oñati socio-legal series*, 1 (2), p.12.

⁹² *Ídem*.

⁹³ *Ibidem*, pp. 16 y ss.

⁹⁴ *Ídem*.; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, ¿“Que es el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”?”, *op. cit*, p. 305- 306.

⁹⁵ SUSNTEIN, C. (1999). “Constituciones y democracias: epílogo”, en ELSTER, J y SLAGSTAD. R, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de cultura económica, México, p. 353.

⁹⁶ BERNAL, C. (2005). *El derecho de los derechos*, Editorial universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 33.

⁹⁷ MARTÍNEZ DALMAU, R, (2012) ¿“Que es el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano” ?, *op. cit*, p. 306.

explicita la diferencia entre la norma suprema y las demás normas del ordenamiento jurídico.⁹⁸

Como bien indica NOGUERA, 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 se difumine. Pero en el NCL la noción de poder constituyente significa una innovación política respecto del constitucionalismo clásico, en tanto 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.⁹⁹

La justicia constitucional resulta necesaria para la protección de los derechos constitucionales consagrados en las Constituciones políticas, pero también para impedir que los mismos poderes públicos limiten la capacidad democrática que tiene el pueblo como poder constituyente.

En respuesta a la falta de participación en la toma de las 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 por la que se hace democrático el control de constitucionalidad.¹⁰⁰ De esta forma, el NCL en el plano teórico resulta avanzar frente a teorías como el neoconstitucionalismo que entregan amplias facultades a los jueces en razón al gran margen de desconfianza en el legislador y los poderes de las mayorías,¹⁰¹ siendo las nuevas constituciones latinoamericanas ejercicios constituyentes que integran elementos de desconfianza frente a los poderes constituidos, pero que además maximizan los procedimientos democráticos en cabeza del pueblo, presentándose un aligeramiento de la tensión democracia-constitucionalismo en tanto el pueblo se integrará a

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ NOGUERA, A. (2011). “El neoconstitucionalismo andino ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista vasca de administración Pública*, 90, pp. 172-174.

¹⁰⁰ WALDRON, dirá: “La carga de la teoría de la legitimidad consiste en explicar por qué es apropiado que estos individuos, y n otros, tengan el privilegio de participar en la toma de la decisión”, en *Contra el gobierno de los jueces...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁰¹ PRIETO, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No 5, 2011, p. 204.

la toma de las decisiones políticas de importancia de la nación bajo procedimientos democráticos establecidos en la Constitución, ello al menos en teoría es así.

A pesar de las respuestas que ha traído el NCL y la democratización de la justicia constitucional, no se puede dejar de observar y revisar desde diferentes entornos la legitimidad democrática del control de constitucional debido a su especial importancia en las constituciones contemporáneas, más aún en las 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 ya no solo de facultades legislativas en las que se han sustentado la objeción contra mayoritaria, sino se podrán constituirse como verdadero poder constituyente que subvierte la voluntad popular, teniendo como principales presupuestos: (1) la intervención de los tribunales constitucionales en temas programáticos o políticas públicas; (2) la asunción de los tribunales constitucionales como únicos intérpretes de la Constitución, incluso en detrimento del pueblo; (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 a través de la soberanía del poder judicial mediante la usurpación del poder constituyente.¹⁰² La interpretación de los jueces constitucionales puede rebasar los límites de sus competencias y pueden 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, que en cualquier caso en toda decisión judicial existen elementos que no necesariamente son jurídicos, existiendo elementos políticos e ideológicos.¹⁰³

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

¹⁰² WALDRON, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces...*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

¹⁰³ NOGUERA, A. (2011). "El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?", *op. cit.*, p. 180.

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 tanto una Constitución normativa como voluntad popular, pero además una Constitución sociología que reivindica el papel del pueblo como poder constituyente que permite el conflicto entre ciudadano- Estado por los 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 la garantía de los intereses populares.¹⁰⁴ Es por ello, que cuando se habla de democracia constitucional se hace imperiosa la necesidad de la existencia de un conflicto social, pero a su vez mecanismos institucionales para su trámite y solución.

NOGUERA, explica cómo 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, se revisarán las funciones de los tribunales constitucionales en contraposiciones a las atribuidas a los demás órganos del poder público, además revisará la forma en que se dan sus deliberaciones, analizando si sus decisiones resultan ser interpretativas o creativas del derecho.¹⁰⁵ Mientras que, 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.¹⁰⁶

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, siendo recurrente los escenarios donde se toman decisiones en contra de la misma

¹⁰⁴ NOGUERA, A. (2013). “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democracia entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, En ALTERIO, A y NIEMBRO, R (Coord), *Constitucionalismo popular en América Latina*, Editorial Porrúa, México, pp. 155- 157.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 172- 173.

¹⁰⁶ *Ídem*.

voluntad popular, pero que se vean legitimadas bajo el manto de la racionalidad del poder y la decisión judicial.¹⁰⁷ Por esto no es extraño, que, dadas las formas de elección de los integrantes de los tribunales constitucionales, se tenga como finalidad la escogencia de aquellos jueces más afines a la ideología política de su nominador y que en esa medida, sus decisiones sean un fiel reflejo de ese ideario.¹⁰⁸ De esta manera, la forma y mecanismos de elección de miembros de los tribunales constitucionales tienen una especial incidencia en el desarrollo de los derechos constitucionales, sino también en los límites que pueda poner el pueblo como poder soberano a los poderes constituidos.¹⁰⁹ Es como en muchos países la idea de juez constitucional no ha sido la de un árbitro entre el Estado y el pueblo, sino como un órgano de legitimación de las actuaciones estatales que no corresponden a la voluntad popular.¹¹⁰

El NCL en respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad —como ya se vio crítica centrada en la activación del control de constitucionalidad como en el órgano encargado de realizarlo—,¹¹¹ implementa elementos de la cultura legal externa, a fin de democratizar la justicia constitucional, en tanto implementa amplios y diversos mecanismos de enfrentamiento entre el Estado y el ciudadano, incorporando además procedimientos de elección de los magistrados de tribunales constitucionales con una activa participación popular que ayuda a reducir la tensión entre democracia y justicia constitucional. Por otra parte, el NCL acoge en un inicio un modelo de justicia constitucional de naturaleza popular, incluyendo una amplia legitimación por activa de carácter universal en las acciones constitucionales, lo que se traduce en una capacidad de custodia y vigía de los poderes públicos desde un enfoque negativo que anula su actuación.¹¹² Así, las constituciones del NCL presentan a *prima facie* altos estándares democráticos, pese a que posteriormente estos mecanismos serían desmontados.¹¹³ Lo anterior podría ser sintetizado 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.6. Asimismo,

¹⁰⁷ *ibidem*, pp. 163- 164.

¹⁰⁸ *Ídem*.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ NOGUERA, A. (2013). “El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?, *op. cit.*, p. 171.

¹¹² *Ibidem.*, pp. 180- 181.

¹¹³ *Ibid.*, p. 171.

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.”¹¹⁴

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, generando a su vez lo mencionado por NAVAS citando a PISARELLO: “apropiaciones plurales y autoconscientes por parte de los sujetos de estos. Así dinámicas de “defensa” e interpretación” de los derechos y de más en general de participación con base a un discurso de derechos se relocalizarían como un tema político”.¹¹⁵

En definitiva, el NCL adopta una visión democrática y garantista de los derechos, concediendo mayores niveles de participación al pueblo, como el desarrollo de un control de constitucionalidad que por su conformación y estructura es más democrático, siendo primordialmente un control concentrado y especializado.¹¹⁶ De esta forma, el NCL atribuye amplias facultades a los jueces para desentrañar los componentes amplios, indeterminados y axiológicos de la Constitución, presentado una contrariedad al carácter democrático de esta corriente, en tanto entrega dichas facultades al órgano menos democrático de toda la estructura institucional.¹¹⁷ Empero dicha situación trata de ser corregida desde la conformación del tribunal, la legitimación en las acciones constitucionales y los límites a la interpretación de la Constitución.

A continuación, revisaremos 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.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 195.

¹¹⁵ NAVAS, M. (2013). “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, en *Jurídicas*, 10, 2, p. 193.

¹¹⁶ BELLOSO, N. (2015). “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 32, p. 45

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 47

Pese a las diversas posturas que se dieron en la asamblea Nacional Constituyente que da 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 dio creación a la CCC como órgano jurídico-político, con el fin de proteger la autonomía e imparcialidad de sus miembros.¹¹⁸

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 el control de constitucionalidad sobre 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 de manera difusa a todos los jueces vía acción de tutela.

A raíz del desarrollo posterior del trabajo, se hace explícito señalar que la CCC funge como un intérprete auténtico sustituto, dado que, al tratarse de una constitución democrática, el órgano constituido es quien realiza la interpretación, delegándose por parte del mismo

¹¹⁸ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Recuperado de: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/search/searchterm/corte%20constitucional>

soberano la facultad de desentrañar la voluntad originaria del pueblo plasmada en el texto constitucional,¹¹⁹ pero requiriendo de una motivación para ello.¹²⁰

Es importante señalar cómo en el caso colombiano, el constituyente creó un órgano específico encargado de garantizar la supremacía constitucional del texto de 1991. Con ello se desliga a este órgano de la estructura de la rama judicial del poder público, generando un cambio con el anterior sistema constitucional donde el control de constitucionalidad era ejercido por la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Estructuralmente la composición de la CCC es de 9 magistrados, elegidos por el Senado de la República de 3 ternas enviadas por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, teniendo los magistrados un periodo personal de 8 años sin derecho a ser reelegidos.

Se ha dicho además como el control de constitucionalidad en Colombia se ejerce tanto por vía de acción como por excepción.¹²¹ Por vía de acción sucede cuando se solicita a un tribunal

¹¹⁹ 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 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) (...)”, en “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en GUASTINI, R, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad nacional Autónoma de México, México, 1999, p. 19. Véase también MARTÍNEZ DALMAU, R. “La interpretación de la Constitución democrática”, en AA.VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante*. Università della Calabria, p. 438. 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”. De la misma manera, GUASTINI 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.; WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, editorial Civitas, Madrid, p. 29.

¹²⁰ 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 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;”, en *Interpretación constitucional y formula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 30.

¹²¹ REY, J. (2008). “El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución de 1991”, en *Via Iuris*, 4, p. 67.

evaluar la constitucionalidad de determinadas normas jurídicas, para que en caso de ser contraria la norma demandada respecto de la Constitución, la misma sea declarada contraria a la Constitución y, en consecuencia, se dará su expulsión del ordenamiento jurídico.

De la misma manera, la Constitución de 1991 entregó la competencia a la CCC para decidir de las acciones públicas de inconstitucionalidad que pudiesen presentarse en contra de las Leyes como Decretos con fuerza material de Ley, ya sea por vicios de contenido o de forma, y de la inconstitucionalidad de los actos legislativos, solo por vicios de forma.¹²²

De los controles por vía de acción se puede indicar 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 reformativos de la Constitución, las leyes¹²³ y los Decretos con fuerza material de Ley.

Ahora bien, cuando se habla de la acción pública de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso- administrativo, estaremos advirtiendo dos tipos de controles: (1) la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad como aquella desarrollada por el Consejo de Estado frente a los Decretos expedidos por el Gobierno, que resultan ser distintos a aquellos que la competencia radica en la CCC; (2) acción pública de nulidad entendida como aquella que puede ser promovida por cualquier persona, por la cual se busca demandar cualquier acto administrativo independientemente del órgano que lo expidió.¹²⁴ 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 donde lo que se pretende amparar es un derecho fundamental de la vulneración del Estado o un

¹²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 241

¹²³ 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

¹²⁴ Sin embargo, puede existir excepciones de inconstitucionalidad vía acción de inconstitucionalidad, véase caso de sustituciones de asignación de retiro.

particular, lo cual hace necesaria la intervención del juez constitucional para el restablecimiento del derecho constitucional.¹²⁵

Ahora entonces, el sistema colombiano también adopta un control previo de constitucionalidad, el cual no requiere la interposición de demanda alguna para que sea estudiada por el órgano competente. Así, la CCC conocerá de manera automática de los proyectos de ley objetados por el presidente de la república¹²⁶, las Leyes estatutarias¹²⁷ y la aprobación de tratados internacionales por remisión del Congreso de la República.¹²⁸

Frente al primero de estos, se podrá decir que el mismo no resulta ser integral, dado que la competencia de la CCC queda supeditada a las objeciones presentadas por el presidente de la República, en caso de no haber sido objetado en su totalidad. Por ello, en caso de ser objetado en su totalidad, el control resulta ser integral y la norma no podrá ser objeto de posteriores demandas de inconstitucionalidad.¹²⁹

Ahora entonces, frente al control previo realizado a las leyes estatutarias¹³⁰ y los tratados internacionales,¹³¹ el control efectuado por la CCC será integral y definitivo, es decir, se estudiará la totalidad de los artículos que componen la norma y no podrán ser demandados nuevamente en el ejercicio de la acción de constitucionalidad.

Finalmente, el control de constitucionalidad difuso se dará tanto por vía de acción como por excepción. Por vía de acción, el control difuso se realiza mediante la promoción de la acción

¹²⁵ JULIO, A. (2002). “Los tribunales constitucionales y la eficacia ente particulares de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (Comp), *Teoría Constitucional y derechos fundamentales, Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México D.F, pp. 214 y ss

¹²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, Art. 241-8.

¹²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, Art. 241- 8; Reglamentado por artículos 39 y ss del Decreto 2067 de 1991

¹²⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, Art. 241- 10.

¹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-1404 de 2000.

¹³⁰ “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 enviara al ejecutivo para su trámite pertinente. Este control tiene como características que es automático, previo, integral, definitivo y participativo. “en OSPINA, P. (2019). “El control de constitucionalidad en Colombia”, Revista Criterio libre jurídico, 16 (1), p. 6

¹³¹ “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.

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; mientras que por vía de excepción se dará cuando el juez en un asunto en concreto inaplique una norma infra constitucional por ser contraria a la Constitución, señalando como sus efectos solo involucran a las partes del conflicto, esto a raíz 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 solo efectos *inter partes*.¹³²

Por todo ello, el control de constitucionalidad colombiano se caracteriza por ser de naturaleza integral, complejo, abierto y democrático. Integral, ya que sus posibilidades abarcan la totalidad del ordenamiento jurídico y complejo, por cuanto se involucran diferentes instancias de la estructura del Estado.¹³³ Así puede verse como 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, pero además órganos no judiciales también ostentan funciones relacionadas con el control de constitucionalidad como lo es el presidente de la república a través de la objeción a las leyes por inconstitucionales. Ahora bien, se le atribuirá un carácter abierto porque en últimas cualquier juez realiza control de constitucionalidad por vía de excepción, cuando en un caso en concreto la norma resulte ser inconstitucional; y finalmente democrático, al consagrarse una acción pública para determinar la validez de la norma frente a la constitución política.¹³⁴

1.2.2.2. El control de constitucionalidad en Venezuela.

En Venezuela existe un control mixto —difuso-concentrado— de control de constitucionalidad, contemplando un órgano especializado para ejercer la jurisdicción constitucional dentro de la misma rama judicial del poder público como lo es la SCTSV. Sin embargo, al ejercerse un control mixto, la justicia constitucional es ejercida por todos los

¹³² REY, J. (2008) “El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución de 1991”, en *Revista Via iuris*, 4, p. 67

¹³³ *Ibid*, p. 70.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 70-72.

jueces de la república respecto de la inaplicación de las normas contrarias a la Constitución, pero el ejercicio del control concentrado será realizado por la SCTSJ.¹³⁵

Respecto de la SCTSJ será la Ley Orgánica de la administración de justicia quien señala que esta será la última intérprete de la Constitución, donde la interpretación de sus contenidos es vinculante para las demás autoridades judiciales. De la misma manera, la sala está conformada por siete magistrados, constituyéndose como una súper sala que inclusive tiene efectos vinculantes sobre las demás salas del tribunal.

En el control concentrado la CPV señala como 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.¹³⁶ Sin embargo, la declaratoria de nulidad de actos administrativos de naturaleza sublegal son de competencia de la sala Político- administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.¹³⁷

De esta manera, la SCTSJ tiene competencia para la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias tanto desde un sentido formal como material, las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes del Estado; los Decretos ley dictados por el poder ejecutivo nacional; 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 y aquellas normas en que recaen controles administrativos, destacando como cuando se trata de actos normativos de carácter infralegal su competencia corresponde a la sala administrativa del Tribunal Supremo.

¹³⁵ STORINI, C y ESCUDERO, J. (2011). “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 3

¹³⁶ 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 Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”, Constitución Política de Venezuela, 2009.

¹³⁷ Constitución Política de Venezuela, 1999, Art. 266.

La CPV de 1999 resulta ser innovadora al reconocer expresamente la inconstitucionalidad por omisión cuando no se hayan emitido por parte de los poderes públicos normas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de la constitución política, reafirmando la fuerza normativa de la Constitución ante la inacción de los poderes públicos que perturban la garantía de los derechos constitucionales.¹³⁸ Por ello que el constituyente haya buscado que la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución no queden a disposición de los poderes constituidos, así cuando el legislador guarde silencio en el desarrollo de un derecho constitucional este determinará el tiempo con las directrices de la norma a expedir.¹³⁹

Ahora entonces, en el control *previo* de constitucionalidad la SCTSV conoce de la Constitucionalidad de los tratados internacionales y los proyectos de Ley nacional a solicitud del presidente de la República, cuando esté presente reparos sobre su constitucionalidad, control que se da antes de la ratificación y entrada en vigencia de las anteriores normas.¹⁴⁰ Mientras que se dará un control automático de las leyes orgánicas. Así en los dos primeros casos estos controles serán previos 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.¹⁴¹ Finalmente, se dará control automático y oficioso a los Decretos que declaren Estados de excepción por parte del presidente de la República

¹³⁸ STORINI, C y ESCUDERO, J. (2011). “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 9

¹³⁹ *Ídem.*

¹⁴⁰ 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 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.

¹⁴¹ 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.

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 que 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, sobreponiéndose el texto constitucional a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y teniendo efectos, *inter partes*, siendo solo vinculante la decisión judicial al caso en concreto. Por ello, en el control difuso se da un control de constitucionalidad vía excepción que implica desaplicar una norma infra constitucional al caso en específico, sin necesidad de promover ningún tipo de acción de carácter incidental ante la SCTSV, dando un alto nivel de autonomía a los jueces. Además de ello, la Ley orgánica de amparo permite a los jueces implicar una norma cuando se generen efectos que contravengan los derechos constitucionales. A pesar de lo anterior, el art. 336 de la CPV entrega la facultad de revisión a la SCTSV de los fallos donde 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 solo tiene efectos *inter partes*, sino además serán vinculantes para los demás jueces de la república, teniendo verdaderos efectos *erga omnes*.

Así mismo, en el control difuso la norma contraria a la Constitución no es anulada, sino que el juez suspende su aplicación para el caso en concreto, haciendo prevalecer la norma constitucional. Así entonces 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. Así mismo, la SCTSV tiene la competencia de revisión de las acciones de amparo de constitucionalidad de las leyes o normas dictadas por los tribunales de la República.

Además, lo de referenciado, el caso venezolano incorpora como elementos del modelo estadounidense la adopción de un sistema de precedente obligatorio y vinculante para todas las autoridades judiciales de la República, estableciéndose cómo la interpretación de la sala constitucional termina por ser vinculante para el mismo Tribunal Supremo como para los

demás jueces de la República.¹⁴² Sin embargo, sí 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 HENRIQUEZ señala como este sistema adolece de verdaderas reglas jurídicas que permitan la garantía del principio de seguridad jurídica siendo muchas veces incompatibles la determinación de la constitucionalidad de una norma y la interpretación del contenido de un derecho en el control difuso, generando entre los jueces discrepancias sobre la constitucionalidad de una norma.¹⁴³ Por ello, el sistema de constitucionalidad venezolano resulta ser un sistema complejo, amplio y abierto por la combinación que presenta permitiéndose el control de constitucionalidad mediante múltiples acciones constitucionales y contencioso- administrativas,¹⁴⁴ teniendo como principales: la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de amparo para la protección de los derechos constitucionales y la acción de anulación de los 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 igual a estas.¹⁴⁵ Tesis que sería reforzada por la Ley Orgánica de 2004 destacando que no es necesario ni siquiera ser ciudadano para ello. Por eso pese a que la Ley señale que sea necesario acreditar un interés en la acción, ha sido la misma SCTSV la encargada de modular el contenido de la norma y señalar la ausencia de ese interés particular para actuar, ya que se desconoce el mandato popular de permitir que cualquier persona tenga acceso a esta acción, reivindicando el carácter político que tiene el pueblo para la defensa de la Constitución, que en últimas es el interés mismo a la hora de impetrar la acción.

¹⁴² 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.

¹⁴³ PAZ DE HENRIQUEZ, N. (s.f). el sistema de control de la constitucionalidad en Venezuela, recuperado de: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-6.pdf> , p. 17.

¹⁴⁴ STORINI, C y ESCUDERO, J. (2011). “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VENEZUELA, 1999, Art. 334.

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, teniendo competencia para declarar la inconstitucionalidad de cualquier acto normativo. Así pues, el constituyente de 2008 estructuró un modelo mixto de control de constitucionalidad que se fundamenta los artículos 425,¹⁴⁶ 426,¹⁴⁷ 435¹⁴⁸ y 436¹⁴⁹ de la Constitución Política.

La CCE se al igual que el caso colombiano se trata de un órgano externo a la estructura del poder judicial, conformado por 9 magistrados para un periodo de 9 años sin reelección, elegidos de una comisión calificadora en donde las ramas ejecutiva, legislativa y de transparencia y control social eligen dos personas cada una para llevar a cabo la calificación, dándose un proceso público con posibilidad de que el mismo pueblo presente objeciones a los candidatos y al procedimiento en sí mismo.¹⁵⁰ Una vez elegidos los magistrados la Corte se renovará 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

¹⁴⁶ Constitución política de Ecuador, 2008, art. 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 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.”

¹⁴⁷ Constitución política de Ecuador, 2008, art. 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.”

¹⁴⁸ Constitución política de Ecuador, 2008, art. 427: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

¹⁴⁹ Constitución política de Ecuador, 2008, art. 428: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”

¹⁵⁰ STORINI, C y ESCUDERO, J. “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 5.

jurídica a diferencia del caso colombiano. La CPE designa como intérprete auténtico sustituto de la Constitución a la CCE, quien podrá declarar la inconstitucionalidad del acto jurídico, teniendo efecto *erga omnes*, sin embargo, se contemplarán dos medios: 1) mediante acción directa de constitucionalidad o por intermedio de la consulta de la norma, conocida como acción indirecta de constitucionalidad. Así a diferencia del caso colombiano y venezolano que delega en otros órganos diferentes a la CCC y a la SCTSJV el ejercicio del control de constitucionalidad sobre algunas normas, el caso ecuatoriano es la CCE quien conoce de todas las acciones de inconstitucionalidad frente a cualquier acto administrativo,¹⁵¹ 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”,¹⁵² inclusive la CCE tendrá competencia para conocer de los dictámenes de autoridades públicas que tienen unos 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, fijando la CCE un plazo al órgano para expedir la respectiva norma, que en caso de no cumplirse la orden del máximo tribunal, será este el encargado de formular en su jurisprudencia una serie de lineamientos para garantizar el derecho constitucional.¹⁵³ Ahora entonces cuando se trate de omisiones legislativas relativas, estas serán subsanadas por la CCE mediante la condicionalidad de la norma.¹⁵⁴

En control concentrado de constitucionalidad la CCE conoce de manera *previa* sobre la declaratoria de Estados de excepción previamente remitidos por la Asamblea nacional como en los proyectos de estatutos autonómicos elaborados por gobiernos provinciales. De forma automática la CCE conoce de su constitucionalidad de tratados y convenios internacionales; las consultas populares que versen sobre enmiendas y reformas a la Constitución;¹⁵⁵ las

¹⁵¹ *Ibid*, p. 4

¹⁵² *Ibid*, p. 16

¹⁵³ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, Ecuador, Art. 128

¹⁵⁴ *Ibid*, Art. 130.

¹⁵⁵ *Ibid*, Art.127.

solicitudes de reforma o enmienda constitucional por parte del presidente, el acto de disolución de la Asamblea Nacional por parte del ejecutivo¹⁵⁶ y la aprobación mediante consulta popular de los estatutos autonómicos. De la misma manera, la CCE conoce de manera previa de los proyectos de ley en los cuales el presidente de la república presente una objeción.¹⁵⁷

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

Ahora entonces, el control difuso de constitucionalidad se da cuando se aplica lo señalado en el art. 426 de la CPE esto es cuando en un procedimiento judicial se identifica la presunta inconstitucionalidad de una norma, 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 sobre la mencionada norma. Por ello, se habla de un control incidental, dado que el art. 428 de la CPE no autoriza al juez a inaplicar la norma para el caso concreto.

Frente al control difuso en Ecuador se darán dos tesis: una que indica que el juez no puede aplicar directamente la Constitución, sino que tiene únicamente facultades de suspender el respectivo procedimiento para que sea la CCE quien decida frente al asunto específico¹⁵⁸ y, quienes abogan por la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces.

El control incidental resulta ser de cualquier manera un control constitucional *sui generis*, que podría acercarse más a un control concentrado porque a pesar de que en primer momento conozca cualquier juez de la república finalmente quien resolverá el asunto de manera definitiva es la CCE.¹⁵⁹ No obstante, el análisis del juez de primera instancia resulta ser fundamental, ya que este deberá a partir de su interpretación definir si existe una presunta vulneración o desconocimiento a un derecho constitucional en el caso en específico.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Ibid.*, Art. 148.

¹⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, 2008, Art. 138.

¹⁵⁸ CALLE, M. (2013) *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*, Temis, Bogotá, p. 13

¹⁵⁹ *Ibid.*, 13.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 13

Con todo, la CCE ha extendido los requisitos para la procedencia de esta acción donde el juez o la parte deberá identificar el enunciado normativo que es objeto de consulta; la identificación del derecho, garantía o regla vulnerada, señalando los motivos y razones por los que 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.¹⁶¹ En todo caso, el escenario incidental de consulta de la norma elimina la posibilidad de que los jueces valoren por ellos mismos las disposiciones que se consideran contrarias a la Constitución, lo que lleva a restringir el modelo difuso de control de constitucionalidad.¹⁶²

A partir de lo anterior, se ha dicho como la CCE establece un control mixto de constitucionalidad, pero ha sido la CCE la que haya establecido mediante una interpretación aislada y asistemática del artículo 448 que los jueces al intentar declarar la inaplicabilidad de unas normas siempre deben solicitar autorización a la CCE, concentrando el control de constitucionalidad y eliminado el control difuso del ordenamiento jurídico. No obstante, la naturaleza del control de constitucionalidad sigue siendo una discusión jurídica aun sin zanjar por la misma jurisprudencia.¹⁶³

Ahora entonces, de manera difusa los jueces de toda la república sí tienen competencia para conocer de acciones constitucionales como: la acción de protección, medidas cautelares, habeas corpus, habeas data y 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 de ello, es la CCE la encargada de conocer de las acciones extraordinarias de protección frente a las sentencias que emitan los jueces ordinarios por la vulneración de los derechos constitucionales de las partes.

Así mismo, 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 aplicar de manera directa la Constitución, reivindicando el carácter normativo de la carta política como

¹⁶¹ CALLE, M. (2013). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*, op, cit, p. 14

¹⁶² AÑAZCO, A y AÑAZCO, N. (2022). “Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad”, en *Foro Revista de derecho*, 38, P. 106

¹⁶³ ESCUDERO, J. (2021). “La legitimación popular y la tutela efectiva en la acción de inconstitucionalidad en Ecuador”, en *Jurídicas*, 18 (1), pp. 60- 62.

el principio de supremacía constitucional impidiendo a su vez que existan lagunas en el ordenamiento jurídico.

Respecto de la legitimación el caso ecuatoriano no requiere que el accionante tenga un interés directo en la actuación, tratándose de un mero interés impreciso o vago, como bien se señala en el artículo 86 de la CPE. Empero, la acción de constitucionalidad en el Ecuador resulta estar lejos de ser una acción popular, y con ello, se ha señalado cómo los ciudadanos y grupos colectivos en defensa de los derechos han visto restringido su acceso a la justicia constitucional para la protección de los preceptos constitucionales, teniendo poco mínimas posibilidades a decisiones de fondo y al estudio de sus pretensiones por parte de la CCE, dadas los requisitos impuestos por el mismo tribunal para el ejercicio de la acción.¹⁶⁴

1.2.2.4. El control de constitucionalidad en Bolivia.

La CPB de 2009 del Estado Plurinacional Boliviano, modifica radicalmente el modelo de control de constitucionalidad con anterioridad a la vigencia de esta, pasando de un modelo de control difuso a un modelo predominantemente concentrado en cabeza del TCPB quien realizará control de constitucionalidad en abstracto a las normas del ordenamiento jurídico como además velará por la protección de los derechos y garantías constitucionales estipulados por el Poder constituyente. De allí, que el artículo 196 de la CPB establezca la asunción del principio de primacía constitucional y la protección de los derechos constitucionales siendo este el intérprete de la Constitución, que en todo momento deberá apelar en su interpretación a la voluntad constituyente.

Al igual que en el modelo 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 señalada por el constituyente. Lo anterior pretendió dar mayores niveles de independencia y atribuírsele una especie de naturaleza política al tribunal, pero del que se desprende una connotación jurisdiccional debido al carácter normativo del texto constitucional.

Distintivo resulta la forma de elección de los magistrados y magistradas del TCPB siendo elegidos mediante sufragio universal según el procedimiento establecido por el texto

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 65- 71.

constitucional. El TCPB está compuesto por 7 magistrados titulares y 7 magistrados suplentes donde al menos 2 deben ser del sistema indígena originario, garantizándose los derechos a las minorías políticas y sociales debido al mismo sistema de toma de decisiones del tribunal, en tanto la determinación no será tomada por agregación de votos, sino por mecanismo de deliberación colectiva.¹⁶⁵

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 de la *judicial review*, ya que pese a que el TCPB declara la inconstitucionalidad de las normas infra constitucionales, los jueces participan en la promoción de la acción de inconstitucionalidad concreta como además la competencia que tienen estos para conocer de acciones tutelares de derechos, en donde el TCPB solo interviene en grado de revisión de oficio. De la misma forma, de la lectura del artículo 410 de la CPB se puede deducir la existencia de un control mixto de constitucionalidad donde los jueces y tribunales pueden inaplicar las normas infra constitucionales cuando estas sean incompatibles con el contenido constitucional, dándose un control de constitucionalidad por vía de excepción.

La CPB adopta la figura del TCPB quien ejerce la jurisdicción constitucional a través del control concentrado de constitucionalidad sobre las leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y toda clase de actos administrativos, teniendo la declaratoria de inconstitucionalidad efectos *erga omnes*. Sobre la naturaleza jurídica del TCPB podrá señalarse como el constituyente de 2009 inserto este en la estructura constitucional como un órgano independiente¹⁶⁶ pero con funciones judiciales.¹⁶⁷ En este punto, el carácter plurinacional del Estado boliviano tiene como finalidad la búsqueda de la descolonización y reconstitución de los pueblos indígenas.

Así el sistema boliviano adopta un control normativo por vía de acción tanto previa como a *posteriori*. De manera previa conoce sobre las consultas que puedan realizar determinadas autoridades sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; las consultas que realicen las comunidades indígena campesinas originarias sobre las normas consuetudinarias en una situación específica, la ratificación de tratados internacionales como de las consultas en las

¹⁶⁵ STORINI, C y ESCUDERO, J. (2011). “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁶ Título III Constitución Política de Ecuador, 2008.

¹⁶⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, 2008, art. 179.

que se pretenda una reforma a la constitución- siempre que sean planteada por el presidente de la República o la Asamblea Nacional.¹⁶⁸

A posteriori, el TCPB ejerce control de constitucionalidad sobre aquellas normas que se encuentran sancionadas y promulgadas, siendo Leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas decretos y cualquier clase de actos administrativos; los recursos contra tributos, impuestos patentes y contribuciones; actos administrativos del órgano legislativo y de los actos reformativos parciales de la Constitución.¹⁶⁹

De la misma forma, 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 como de las convocatorias a referendo tanto nacional, departamental o municipal.

Como control difuso la CPB señala una serie de acciones para la defensa y garantía de los derechos constitucionales que son conocidas por los jueces y tribunales ordinarios, proponiendo un escenario de justicia constitucional no solo en el TCPB. Por ello, se indica por la CPB como la acción de amparo procede frente a las acciones u omisiones de autoridades públicas o de un particular que restringe o suprime cualquier derecho reconocido en la Constitución o la Ley, interponiéndose la acción ante cualquier operador judicial.¹⁷⁰ Empero, el TCPB tendrá competencia de revisión de este tipo de acciones lo que reafirma su carácter de tribunal supremo en materia constitucional.¹⁷¹

Respecto de su legitimación se podrá señalar como en el control concentrado de constitucionalidad inicialmente se acoge lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano, disponiendo una acción de constitucionalidad de naturaleza popular que permite al pueblo boliviano demandar las normas proferidas por los poderes constituidos cuando se tenga duda de su constitucionalidad. Aunque sobre la legitimación por activa la CPB en su art. 133 establece que cualquier persona puede interponer la acción de inconstitucionalidad, los poderes constituidos modificaron el sentido original. En efecto, mediante Ley 027 de 2010 del TCPB se ha subvertido la voluntad popular limitando la acción

¹⁶⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, 2008, Art. 154.

¹⁶⁹ LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

¹⁷⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BOLIVIA, 2009, art. 128 y 129.

¹⁷¹ *Ibid.*, art. 202.

de constitucionalidad de naturaleza abstracta en su legitimación por activa a algunas autoridades, con ello desconociendo la naturaleza pública de la acción por mandato de la Constitución y permitiendo solo en escenarios incidentales la interposición por parte de los ciudadanos.

En el caso boliviano se destaca una legitimación restringida a determinadas autoridades siendo contradictoria con la defensa objetiva del ordenamiento jurídico que debería ser encargada al pueblo como único poder constituyente. Empero, 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.

Ahora entonces, 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, siendo una acción accesorio que no afecta el trámite del asunto principal.¹⁷² Sin embargo, la misma Ley 027 de 2010 limita este mecanismo popular al imponer sendas cargas argumentativas para su procedencia, teniendo que el juez o tribunal mencionar la norma que resulta ser inconstitucional como la norma constitucional violada y una explicación profunda del porqué de la vulneración.¹⁷³

1.2.3. Recapitulación.

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

¹⁷² RIVERA, J. (2002). “Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia”, en VEGA, Juan, y CORZO, Edgar, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, p. 596

¹⁷³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BOLIVIA, 2009, Art. 110.

Ahora en los casos del control de constitucionalidad difuso por vía de acción de amparo o tutela, todos los órganos constitucionales tienen la facultad de revisión de las sentencias emitidas por los tribunales ordinarios, ello destacando la labor de ser los máximos intérpretes constitucionales, residiendo en ellos la competencia de intérpretes auténticos de la Constitución.

Como elemento común del control de constitucionalidad en el NCL tiene como principal aspecto procedimental la naturaleza misma de las acciones constitucionales, al ser mecanismos de carácter popular en los que el ciudadano se encuentra legitimado para impetrar la garantía de la supremacía constitucional, tanto en escenarios abstractos como concretos. De allí que se le entregue al pueblo en primera medida la defensa de la Constitución, y sea el pueblo un verdadero actor político en la defensa de la carta política y el control a los poderes públicos. Por esto el ciudadano puede buscar el respeto de los contenidos constitucionales sin inclusive tener interés directo en el asunto, entendiendo que no es solo el órgano constitucional el guardián de la Constitución, sino es el pueblo quien en últimas como voluntad constituyente quien debe proteger su creación en primer lugar, estableciendo 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 dado el desarrollo de una serie de parámetros jurisprudenciales para impetrar la acción pública de inconstitucionalidad, presentándose una mutación de la Constitución, limitando los escenarios democráticos participativos y desconociendo el mismo texto constitucional. Así, en sentencia C- 1052 de 2001 la CCC estableció como requisitos adicionales a los señalados en el Decreto 2067 de 1991 que el demandante funda su demanda de inconstitucionalidad en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Destacando frente a estas:

“(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.”¹⁷⁴

De esta forma, la limitación de la acción pública de inconstitucionalidad ha devenido en una medida desproporcionada frente a los derechos participativos y políticos de los ciudadanos que como poder soberano deberán de tener la posibilidad de salvaguardar su voluntad mediante los mecanismos establecidos en la Constitución siendo ilegítimo el cambio constitucional realizado por la CCC que desconoce el carácter popular de la Constitución de 1991 y sus mecanismos de defensa. Al respecto MENDIETA 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.”¹⁷⁵

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

De esta forma, las fuertes cargas argumentativas que solicita la CCC para conocer de la acción pública de inconstitucionalidad, hace que esta pierda su naturaleza pública y se convierta en una acción especializada para quienes ostentan expertos conocimientos jurídicos, limitando el acceso de los ciudadanos a esta acción y con ello, presentándose una ilegítima ampliación de poderes en los órganos constituidos; ello es, en la CCC en razón al mismo cambio

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-688 de 2017.

¹⁷⁵ MENDIETA, D. (2015). *La acción de inconstitucionalidad en Colombia ¿puede la corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?*, Universidad de Antioquia, Medellín, p. 78.

constitucional que representa el establecimiento una serie de requisitos que desnaturalizan la acción pública de constitucionalidad, limitando al pueblo como poder político que garantiza la supremacía de la Constitución; En segunda medida, protege y legitima las actuaciones del poder legislativo, 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 para acudir a la jurisdicción constitucional, dicha ampliación ha sido desconocida por los poderes constituidos, situación que deslegitima su actuar.

Finalmente, podría decirse como el derecho fundamental de los ciudadanos de acudir a la jurisdicción constitucional es un derecho absoluto en defensa de la supremacía constitucional que se desprende del principio de soberanía popular, que propiciaría que solo podría ser limitada por la misma constitución, siendo incompatible cualquier limitación legal o jurisprudencial.¹⁷⁶

A pesar de que autores como ROA señalen la necesidad de establecer filtros para el estudio de las acciones públicas de inconstitucionalidad a fin de evitar el uso temerario y abusivo de las mismas,¹⁷⁷ dichas limitaciones terminan reduciendo el control del poder constituyente a su mínima expresión, acentuando su falta de legitimidad en razón a su creación jurisprudencial.

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

Como se mencionó en antelación, las Constituciones del NCL en su diseño institucional optaron por crear órganos especializados para la defensa de la garantía y supremacía de la Constitución, separando estos órganos de los poderes políticos e incluso creando órganos *ad hoc* por fuera de la estructura judicial, teniendo excepciones claro está. Es así como 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 que

¹⁷⁶ BREWER- CARIAS, A, (2008). “El juez constitucional vs la supremacía constitucional”, *op, cit*, p. 19.

¹⁷⁷ 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*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

concentran atribuciones de índole contencioso- constitucional superando las estructuras tradicionales de posguerra.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

La independencia judicial termina por ser un fundamento ideológico del principio democrático y de separación de poderes, queriendo separar al poder judicial de las otras ramas del poder público que conforme la idea de los padres fundadores del constitucionalismo democrático permitiera un equilibrio de pesos y contrapesos dentro de la estructura del Estado, impidiendo la concentración de poder en un solo órgano constituido.¹⁸⁰ Con posterioridad a la segunda guerra mundial, la independencia judicial tomo un papel especialmente relevante para la defensa de la Constitución y en el plano del derecho internacional,¹⁸¹ defendiendo la necesidad de la creación de órganos judiciales que pudieran anular las normas proferidas por las mayorías representativas, tomando un especial protagonismo el poder judicial, ya no como la simple boca de la Ley que hablaba MONTESQUIE, sino que tomará el papel de legislador negativo en aras de defender la norma constitucional.¹⁸²

De allí, que la independencia judicial asegure el ejercicio de una Constitución que limite a los demás poderes públicos, permitiendo la garantía de la supremacía de la Constitución y evitando que los poderes constituidos usurpen la voluntad soberana del pueblo.¹⁸³ Así, en el NCL que tiene como sustento ontológico la revalidación del pueblo como poder constituyente, se toma como elemento para asegurar la continuidad de la soberanía en manos

¹⁷⁸ NAVAS, M. (2013). “La justicia Constitucional en el Ecuador entre la política y el derecho”, *op, cit*, p. 186-187.

¹⁷⁹ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, p. 29.

¹⁸⁰ LOUSADA, J y RON, R. (2015). *La independencia judicial*, Dykinson, Madrid, p. 11 y ss,

¹⁸¹ El pacto Internacional de los derechos civiles y políticos en su artículo 14 y la Convención Americana de derechos humanos en su artículo 8 señalan la pertinencia de contar con una judicatura independiente

¹⁸² *Ibid.*, p. 34-35.

¹⁸³ Al respecto resulta interesante lo dicho por Hamilton, Madison y Jay 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”. En *El Federalista*, recuperado de: [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com) , p. 296.

del pueblo la creación de estructuras institucionales que permiten que los jueces gocen de amplios márgenes de autonomía.

La creación de estos órganos para el ejercicio del control de constitucionalidad obedeció al intento de buscar una independencia de estas corporaciones de los poderes públicos, que pudiese afectar el sentido de sus decisiones. Esto conlleva que los jueces constitucionales únicamente se encuentren sometidos a las normas constitucionales y que, además, estos actúen libres de cualquier interferencia de las otras ramas de los poderes públicos.

En este sentido, las Constituciones del NCL buscaron la independencia judicial de los órganos constitucionales desde dos puntos de vista: uno interno¹⁸⁴ en donde sus decisiones no puedan verse compelidas por ninguna influencia de la propia estructura judicial¹⁸⁵ como lo resulta ser el caso del NCL en el que los modelos en su mayor medida se caracterizan por contar con un órgano exclusivamente dedicado a ejercer el control de constitucionalidad; como también de cierta estabilidad en el ejercicio de sus cargos que resulta ser apreciable en el NCL.

Además de ello, se ha explorado elementos que permiten la garantía de la independencia judicial la igualdad y mérito al momento de la elección de los jueces, un sistema de aforamiento, las incompatibilidades con otras actividades económicas y profesionales, entre otras.¹⁸⁶ No puede olvidarse como en el mismo Federalista N.º 49 se destaca como la independencia de los jueces se da “*por la manera como son nombrados, así como por la naturaleza y duración de su destino*”.¹⁸⁷ Obsérvese como la elección política de los jueces conlleva que las autoridades que realizan su escogencia, realicen la elección de aquellos más proclives a defender sus ideales o posición por afinidad política; y un segundo peligro, como un juego de intereses en el que los jueces se vean compelidos a tomar decisiones a favor de las clases políticas a fin de ser promovidos en otras dignidades estatales.¹⁸⁸

¹⁸⁴ 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 ideológica de los jueces, tendentes a eliminar las influencias difusas del entorno del juez en sus decisiones”, en LOUSADA, J y RON, R. (2015). *La independencia judicial*, op, cit, p. 38.

¹⁸⁵ MALEM, J y SELEME, H, (2013). “Patologías de la división de poderes”, en *Doxa*, 36, p. 284.

¹⁸⁶ LOUSADA, J y RON, R. (2015). *La independencia judicial*, op, cit, p. 39-42

¹⁸⁷ HAMILTON, A, MADISON, J y JAY, J., *El federalista*, op, cit, p. 198.

¹⁸⁸ MATEOS, J. (2021). “Luces y sombras del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde una perspectiva neoconstitucionalista”, op, cit, 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, tratando de evitar cualquier influencia política para la designación de la vacante.¹⁸⁹ Por esto que el mecanismo de selección de los jueces que realizan el ejercicio de control de constitucionalidad en el NCL resulta ser de valiosa importancia para determinar su independencia judicial y que tanto, esta pueda afectar la forma en que se interpreta la Constitución, inclusive el sentido propuesto por el constituyente.

Así la independencia judicial desde un punto de vista externo podrá ser abordada desde dos aspectos: (1) que impide la injerencia de otros poderes en las decisiones de los jueces; y (2) que el juez no tenga ningún tipo de ideología que pueda afectar su neutralidad al momento de la toma de la decisión, así que dicha neutralidad deba ser entendida como la ampliación de la norma conforme los valores constitucionales señalados por el Constituyente.¹⁹⁰

En el ámbito internacional también se han emitido una serie de conceptos y propuestas en aras de fortalecer la independencia de la justicia respecto de los demás poderes públicos, buscando que nominen a los candidatos más idóneos para ocupar estos cargos judiciales mediante procedimientos de carácter objetivo basándose en los méritos¹⁹¹. Así mismo, en el panorama continental la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha proferido una serie de principios, criterios y recomendaciones para la elección de jueces como lo son la igualdad de condiciones en los procesos de selección, eliminando cualquier tipo de discriminación; la selección basada en el mérito de quienes participan en los procesos de selección; la publicidad del proceso de selección; la duración de periodo en el cargo, favoreciendo la independencia aquellos en lo que el periodo es más largo en el tiempo; la no injerencia de los órganos políticos en la elección teniendo en cuenta los méritos de los candidatos de manera objetiva, como una vez posesionados establecer criterios previamente conocidos de reparto de acciones judiciales a fin de evitar manipulaciones.¹⁹²

CORDERO ha señalado dos aspectos de especial trascendencia para dotar de mayores márgenes democráticos las elecciones de altos jueces del Estado: en primer lugar, la adopción

¹⁸⁹ MALEM, J y SELEME, H. (2013). “Patologías de la división de poderes”, *op, cit*, p. 284

¹⁹⁰ LOUSADA, J y RON, R. (2015). *La independencia judicial*, *op, cit*, p.47

¹⁹¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Informe A/HRC/11/41 del 24 de marzo de 2009.

¹⁹² COMISIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento de la justicia y el Estado de Derecho

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 que se ve contraria al sistema actual de elección escogido por el constituyente y en segundo término, la necesidad de que la ciudadanía ejerza un control social al mecanismo de elección pudiendo vetar a los candidatos o ponerlos frente al debate público a través de celebración de audiencias públicas.¹⁹³

Ahora entonces, de ninguna manera podrá ser equiparable la selección de jueces de las altas cortes -entre ellos, los tribunales constitucionales-, de la selección de los demás jueces, teniendo como principales argumentos: la importancia de los temas a debatir y resolver en el seno de estas corporaciones, ser el órgano de cierre de la jurisdicción y el aparente irrenunciable carácter político de la judicatura.¹⁹⁴

Conforme 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 eso, que una Constitución con mejores diseños institucionales que permitan un mayor nivel de independencia de los jueces que realizan el control de constitucionalidad será una carta política que permite que los poderes constituidos usurpen la soberanía popular del pueblo y modifiquen vía interpretación constitucional los preceptos dispuestos por el pueblo, permeando el ámbito de decisión de los jueces de otros órganos del Estado.¹⁹⁵ Al respecto, TARUFFO ha dispuesto como la forma de elección de los jueces termina por ser una condición necesaria para evaluar la independencia de los jueces, ya que su forma de elección podría afectar su nivel de independencia externo.¹⁹⁶ Ahora bien, los sistemas judiciales a nivel mundial podrían dividirse en predominantemente dos modelos:

¹⁹³ CORDERO, Y. (2010). “Un sistema de mérito para el siglo XXI”, en *Revista del CLAD Reforma y democracia*, 48, pp. 104 y ss.

¹⁹⁴ PASARÁ, L. (2012). “Selección de jueces para las cortes supremas: dificultades y prevenciones”, En POSTEMA, MIRTE, *Selección de miembros de altas cortes e independencia judicial*, Revista de la fundación para el debido proceso (DPLF), 17, p. 7.

¹⁹⁵ Sobre esto último señalan MALEM, Jorge y SELEME, Hugo: “La gravedad de esta patología se magnifica cuando el afectado es el poder judicial dado su carácter de último 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”. En *Patologías de la división de poderes*, *op. cit.*, p. 295.

¹⁹⁶ TARUFFO, M. (2005). “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en *Isonomía*, 22, pp. 11 y ss.

1. Uno jerarquizado en el cual los magistrados son elegidos a través de un concurso de méritos y acreditando unos requisitos mínimos de idoneidad, donde no se observa una interacción directa de los demás poderes políticos en la designación.
2. Modelos de naturaleza democrática en donde se busca escoger un juez técnico y aséptico a los hechos sociales, pero con interferencia de diferentes sectores políticos para su elección¹⁹⁷.

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

Los modelos simples se caracterizan por ser aquellos que un solo órgano del Estado interviene en el proceso de elección, mientras que se hablan de sistemas complejos cuando intervienen dos o más órganos del Estado. Así las cosas, en los modelos simples se encuentra que el nombramiento de jueces o magistrados de altas cortes puede darse por elección popular, el poder ejecutivo, el poder legislativo, por cooptación de los propios miembros de la corporación y por el mismo poder judicial.¹⁹⁸ De esta misma forma, puede señalarse como 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 como dificultades dos elementos que resultan ser conexos, ello es, 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 las políticas públicas.¹⁹⁹ Esta situación, en cualquier caso, ha ocasionado que la designación de los miembros de los altos tribunales de justicia constitucional obedezca a una lógica propia de las elites económicas, sociales y políticas que ha restringido el acceso a estos cargos a sectores más populares pero mejor preparados.²⁰⁰

Es por ello, que las condiciones de acceso para este tipo de cargos resulten de vital importancia, así MONTTOYA ha señalado que, al no existir unos criterios definidos para la

¹⁹⁷ MIRANDA, M. (2011). “Los sistemas de nombramiento de magistrados en el Derecho Comparado y en el Perú”, en *LEX revista de la facultad de derecho y ciencia política*, 9 (8), pp. 161-162

¹⁹⁸ *Ibid.*, 163.

¹⁹⁹ PÁSARA, L. “selección de jueces para las cortes supremas: dificultades y prevenciones”, *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 8.

elección de magistrados por el Senado de la república, influyen factores de carácter subjetivo como la edad, la religión, la ideología e inclusive la región, siendo importante para ser elegido contar con antes de la elección con un amplio respaldo político a través del lobby y el padrinazgo político. No obstante, se ha dicho como 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, tienden es a dotar de mayor legitimidad la elección, en cuanto entre más órganos y personas participen en el mismo, menor será el riesgo de control político de un poder público, lo anterior sin olvidar la conformación de estos tribunales tiene una especial incidencia política.²⁰¹

SERRA ha indicado como se encuentra comprobado como las tendencias ideológicas influyen al momento de la elección de los jueces, entendiendo como los presidentes se han visto compelidos a nombrar personas afines a su propia ideología para que en aquellos casos en donde se necesite de la interpretación para descifrar el contenido de una norma, el juez opte por una respuesta cercana a la que emitiría el Gobierno.²⁰²

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, siendo nombrados personas afines a los intereses de los órganos nominadores, como lo resulta ser el caso de los Estados Unidos de América donde se ha acuñado la figura de “*judicial packings*” como el esfuerzo del partido del presidente para tener la mayoría de jueces afines a su ideología partidista, destacándose como los jueces de la Corte Suprema de Justicia sean de una u otra afinidad, mayoritariamente pertenecen a una elite económica o social²⁰³. Así, 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 profieren,²⁰⁴ alejándose de aquellas críticas que se encuentran atadas a factores estructurales y orgánicos de la ingeniería constitucional. Resulta ser una realidad como los poderes

²⁰¹ MONTROYA, A. (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), en *Colombia Internacional*, 79, p, 186.

²⁰² SERRA, R. (2023). “La selección de jueces en Estados Unidos: la singularidad de un modelo dual y diverso”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 34, p. 174

²⁰³ SERRA, R. (2011). *La selección de los jueces en Estados Unidos*, Civitas, Madrid, p. 55.

²⁰⁴ Por ejemplo, FERAJOLI 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 ilegítimo cuanto mayor es el poder”. *Principia Iuris Tomo II. Teoría de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 208- 210.

políticos han intentado hacerse con las mayorías dentro de los tribunales constitucionales y con ello, eliminar cualquier tipo de contrapeso que se pudiese dar del poder judicial.²⁰⁵

IBÁÑEZ ha señalado cómo los jueces por su especial función cognoscitiva deben tener calidad 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 posiciones de superioridad, que son las que objetivamente predisponen el abuso.”²⁰⁶

GARGARELLA señala como la elección de los jueces de Los tribunales constitucionales por parte de órganos políticos como del pueblo termina afectando la independencia judicial; en el primero de los casos debido a que el nombramiento de estos cargos se hace sin la idoneidad suficiente como a su vez la adquisición de compromisos políticos; mientras que cuando la decisión depende del pueblo, se desconoce el carácter contra mayoritario que implica la justicia constitucional, teniendo que generarse una separación entre el pueblo y la justicia.²⁰⁷

No puede perderse de vista como uno de los argumentos de la objeción democrática a la justicia constitucional es el carácter ideológico que tienen los jueces en sus decisiones, acompañada de las formas y procedimientos de elección de jueces que resultan estar politizados. Por ello, se hace de suma importancia estudiar las formas y métodos de elección de jueces constitucionales dado su estrecha relación con los derechos constitucionales, ello en razón a los altos o bajos niveles de independencia y autonomía de los jueces. Al respecto NOGUERA 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

²⁰⁵ GARGARELLA, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito, p. 246

²⁰⁶ IBÁÑEZ, P. (2012). “La independencia judicial y los derechos del juez”, en SAIZ, A. (Dir), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, p. 49.

²⁰⁷ GARGARELLA, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*, op, cit, pp. 249-250.

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.”²⁰⁸

En este sentido, una primigenia crítica propuesta por la objeción contra mayoritaria al control de constitucionalidad centra su atención en la ausencia de mecanismos democráticos para la elección de los jueces, la duración de sus periodos que no consultan ideales democráticos, 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.²⁰⁹

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 una naturaleza jurídico-política de los tribunales constitucionales para el ejercicio del control de constitucionalidad, teniendo cuestionada función política y no judicial en estricto sentido. Por esto que el proceso mismo de selección de esta clase de servidores públicos sea diseñado para exteriorizar sus posiciones políticas dentro del pluralismo político que implica un Estado constitucional, denotando además como de cualquier forma la ideología de los jueces tiene una clara relación con las decisiones que toman,²¹⁰ lo que a nuestro juicio termina jugando en detrimento de la soberanía popular plasmada en un texto constitucional. No puede perderse de vista el manto de duda que recae sobre los jueces y la forma en cómo interpretan la Constitución, impregnando incluso su ideología al momento de la labor hermenéutica,²¹¹ lo que conlleva que estos tomen elementos subjetivos como fundamentos de la decisión judicial, por esa razón se trate de limitar o amplificar dicha discrecionalidad desde la misma forma de elección.

²⁰⁸ NOGUERA, A. (2010). “Justicia constitucional y articulación Constitución-rebelión en el neoconstitucionalismo latinoamericano”, en *Caminos: revista cubana de pensamiento socioteológico*, 57, p. 40.

²⁰⁹ NOGUERA, A. (2011). “Democratizando la justicia constitucional?”, *op. cit.*, p. 8- 9.

²¹⁰ THEA, F. (2014). “La elección de los “jueces constitucionales” en las democracias actuales”, *op. cit.*, p. 316 y ss.

²¹¹ 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), *En Anuario facultad de derecho Universidad de Alcalá*, p. 276

Es menester señalar como estudios han demostrado como por ejemplo cuando es el Presidente de la República quien designa de manera directa o indirecta a algunos magistrados del tribunal constitucional, estos tienen una tendencia ideológica más cercana al gobierno, que aquellos quienes que no han sido designados por este, situación que pone en entredicho el mismo sistema de pesos y contra pesos, implicando que sea la rama judicial del poder pública quien limite a los demás poderes constituidos con el fin de que se garantice la supremacía constitucional.²¹²

Sobre la elección de los jueces de los altos tribunales se ha detectado como los mecanismos actuales de elección presentan falencias desde cuatro aristas, todas sumamente problemáticas: (1) La autonomía del órgano que realiza el proceso de selección, (2) la falta de procedimientos claros para la selección de los jueces como 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.²¹³

Plasmada la posibilidad de que los jueces en sus decisiones se vean influenciados por su ideología, se termina generando una brecha interpretativa entre lo que dice la Constitución y lo que dicen los jueces que dice la Constitución, como a su vez la objeción contra mayoritaria 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 termina constituyéndose en el poder soberano, de allí que sean otros poderes del Estado sean los encargados de determinar la composición de estos, intentando legitimar de manera indirecta el control de constitucionalidad que estos ejercen.²¹⁴

²¹² 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 Maestría, Universidad de los Andes, p. 22

²¹³ POSTEMA, M. (2012). “La selección transparente y basada en el mérito es esencial para la independencia judicial”, *op. cit.*, p. 3.

²¹⁴ THEA, Federico 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,

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, siendo los casos ecuatorianos y boliviano los más innovadores por la misma cercanía en el tiempo de la expedición de sus constituciones, incorporando elementos que permiten mayores niveles de participación del pueblo y, en consecuencia, buscando asegurar su legitimidad democrática.²¹⁵

Así las cosas, de los múltiples criterios para determinar la independencia de los jueces²¹⁶ revisaremos: (i) la independencia judicial externa de los jueces frente a otros poderes teniendo en cuenta: los requisitos para el acceso al cargo, su periodo, su aforamiento; (ii) su neutralidad ideológica como prohibiciones de pertenecer a organizaciones políticas; (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 los sus altos jueces muy acorde a los sistemas de control de constitucionalidad que se daban para la época. Vale recordar como en un inicio Colombia, Venezuela y Ecuador conformaron una sola nación denominada La Gran Colombia teniendo como texto normativo fundamental la Constitución de Cúcuta de 1821. Así es posible establecer como primer antecedente común a estos tres países una elección compleja de los magistrados de la Alta Corte de Justicia, donde el poder político tendría una gran influencia en su designación como además se puede destacar un rudimentario ejercicio de control de constitucionalidad.²¹⁷

en función del rol político que inevitablemente juegan cada vez que ejercen el control de constitucionalidad.”, en “La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales”, *op. cit.*, p. 346.

²¹⁵ NOGUERA, A. (2011). “¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 22-23

²¹⁶ LOUSADA, J y RON, R. (2015). *La independencia judicial*, *op. cit.*, p. 38: “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.”

²¹⁷ 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

Así las cosas, la Alta Corte de Justicia se encontraba conformada por 5 miembros con unos requisitos exigüos, donde el presidente de la República formulaba un número triple a la cámara de representantes, seleccionando esta un número doble que finalmente será remitido al Senado de la República y allí se daría su elección.²¹⁸ Se destaca además un sistema de aforamiento en donde los ministros de la Alta corte deberían ser acusados por la Cámara de representantes del Congreso y juzgados por el Senado²¹⁹. Finalmente se preveía una duración del cargo de manera vitalicia, siempre que no operará una conducta contraria a sus deberes o delitos graves.²²⁰

Se puede evidenciar entonces como existía una clara dependencia de la justicia respecto de los poderes políticos, pudiendo la cámara de representantes 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 es importante mencionar como antecedente interesante para el estudio la forma de elección y nombramiento de la Constitución de 1853, donde se contemplaba un sistema de elección para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de carácter democrático donde el pueblo sería el que eligiera a estos de manera directa para períodos de cuatro años.²²¹ Además de ello, señalaba como también los magistrados de los tribunales superiores serían elegidos directamente por el pueblo²²².

La Constitución de 1853 dispondría un sistema de aforamiento para magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siendo el Senado de la República quien conociera de las causas en donde se ventilará algún tipo de responsabilidad en contra de estos y la prohibición de ser removidos

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.”

²¹⁸ CONSTITUCIÓN DE LA GRAN COLOMBIA, 1821. Art. 140.

²¹⁹ *Ibid.*, art. 89

²²⁰ “Artículo 145.- Los ministros de la Alta Corte durarán en sus empleos todo el tiempo de su buena conducta.”, Constitución Política de Colombia, 1853.

²²¹: “Artículo 13.- Todo ciudadano granadino tiene derecho a votar directamente, por voto secreto y en los respectivos períodos: 1. Por presidente y vicepresidente de la República; 2. Por Magistrados de la Suprema Corte de Justicia y el Procurador general de la Nación; 3. Por el Gobernador de la respectiva provincia; 4. Por el Senador o Senadores, y por el Representante o Representantes de la respectiva provincia. La ley determinará las épocas y formalidades de estas elecciones.” Constitución Política de Colombia, 1853.

²²² “Artículo 44.- Los Magistrados y Fiscales de los Tribunales, serán nombrados en propiedad por el voto popular de los ciudadanos de los respectivos distritos judiciales, y por el término de cuatro años. En las faltas temporales corresponde el nombramiento al Gobernador de la provincia donde resida el Tribunal.”

de su cargo hasta no hallarse responsabilidad penal o disciplinaria en contra de estos²²³. No obstante, se hace necesario advertir como para la época el control ejercido por la Suprema Corte de la Nación era débil y solo estudiaba la constitucionalidad de normas de naturaleza *infra legal*.²²⁴

La Constitución de 1863 adoptaría un modelo de Estado federal que a su vez implicaría entregar mayor participación a los gobiernos federales, viéndose alterado el sistema de elección de los magistrados de la Corte Suprema Federal. El alto tribunal se encontraría conformado por cinco (5) magistrados²²⁵ para periodos de 4 años²²⁶ que serían nombrados a partir de un sistema complejo de elección, donde cada legislatura Estatal remitiría un número igual de puestos a proveer al Congreso, siendo elegidos aquellos cinco (5) con mayor votación,²²⁷ pero teniendo como restricción que no podría haber más de un magistrado por Estado²²⁸. Al igual, que en las Constituciones precedentes la del 1863 adoptaría un sistema de aforamiento donde los magistrados de la Corte Suprema eran juzgados por el Senado a partir de la acusación formulada por la cámara de representantes.

Respecto del control de constitucionalidad, la Constitución de 1863 acogería un sistema débil y residual de control de constitucionalidad²²⁹ en cabeza del Senado de las normas proferidas por el Estados de la Federación²³⁰, previa suspensión y remisión de la Corte Suprema²³¹,

²²³ “Artículo 70.- La Corte Suprema federal se compondrá de cinco Magistrados, no pudiendo haber en ella, a un mismo tiempo, más de un Magistrado que sea ciudadano, natural o vecino de un mismo Estado.” en Constitución Política de, 1863, art., 70.

²²⁴ “6. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República;”, en Constitución política, 1853, art. 42.

²²⁵ Constitución política, 1863, art., 70.

²²⁶ “Artículo 80.- El período de duración de los Magistrados de la Corte Suprema federal, será de cuatro años; y el del Procurador general de la Nación será de dos años.”, en Constitución Política de 1863.

²²⁷ “Artículo 76.- La elección de Magistrados de la Corte Suprema federal se hará de la manera siguiente: La Legislatura de cada Estado presentará al Congreso una lista de individuos en número igual al de las plazas que deban proveerse, y el Congreso declarará elegidos los cinco que reúnan más votos y satisfagan la condición puesta en el Artículo 70. Todo empate se decidirá por la suerte.” En Constitución política de 1863, art., 76.

²²⁸ Constitución política de, 1863, art., 70.

²²⁹ “Artículo 14.- Los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, que salgan evidentemente de su esfera de acción constitucional, se hallan sujetos a suspensión y anulación, conforme a lo dispuesto en esta Constitución; pero nunca atraerán al Estado responsabilidad de ningún género, cuando no se hayan ejecutado y surtido sus naturales efectos.”, en Constitución política de, 1863.

²³⁰ “Artículo 51.- Son atribuciones del Senado: 5. Decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados y que se denuncien como contrarios a la Constitución de la República.”, Constitución política de 1863, art.51.

²³¹ “Artículo 72.- Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al

destacándose como se daba un mayor protagonismo al poder legislativo para la defensa de la Constitución, pero que de cualquier forma no se trataba de una verdadera Constitución en sentido material, sino existía un 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 derecho de carácter legalista bajo la Constitución de 1886 que nuevamente modificaría la forma de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución de 1886 adoptaría 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 República²³² con un minúsculo control de parte del Senado aprobando o desaprobando su nombramiento²³³.

Así la Corte Suprema de justicia estuvo conformada por 7 magistrados para un periodo vitalicio²³⁴ lo que pretendía dar un mayor nivel de estabilidad de ellos en su cargo y el aumento de su nivel de independencia. Nuevamente se reiteran unos requisitos exigüos para ser elegido parte de la Corporación²³⁵ como un régimen de inhabilidades precario. También se establece un sistema de aforo en el que los magistrados de esta alta Corte solo podrían ser juzgados por el Senado de la república previa acusación ante la cámara de representantes²³⁶ pudiendo ser removidos por sentencia. Finalmente, a diferencia de las anteriores Constituciones se intensifican levemente el ejercicio del control de constitucionalidad,²³⁷ pero

Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.” En Constitución política, 1863.

²³²“Artículo 119. Corresponde al Presidente de la República, en relación con el Poder judicial: 1. Nombrar los Magistrados de la Corte Suprema; (...)”. En Constitución política de 1886.

²³³ “Artículo 98. Son también atribuciones del Senado: (...) 4. Aprobar o desaprobado los nombramientos que haga el Presidente de la República para Magistrados de la Corte Suprema; (...)”, En Constitución política de 1886.

²³⁴ “Artículo 146. La Corte Suprema se compondrá de siete Magistrados.”, En Constitución política de 1886.

²³⁵ “Artículo 150. Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía, haber cumplido treinta y cinco años de edad y haber sido Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito o de los antiguos Estados, o haber ejercido con buen crédito, por cinco años a los menos, la profesión de abogado o el profesorado en Jurisprudencia en algún establecimiento público.”, en Constitución política de 1886.

²³⁶ “Artículo 102. Son atribuciones de la Cámara de Representantes: 4. Acusar ante el Senado, cuando hubiere justa causa, al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, a los Consejeros de Estado, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema;”, En Constitución política de 1886.

²³⁷ “Artículo 151. Son atribuciones de la Corte Suprema: 4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales; 5. Decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido

sin llegar a ser un control verdaderamente robusto,²³⁸ reiterándose 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 haría legítimas y soberanas las actuaciones de los poderes públicos. Como novedad también se preceptúa que los salarios de los magistrados de esta corporación no podrán ser desmejorados, en aras de no afectar el servicio de administración de justicia.²³⁹

Con la asunción de la Constitución de 1991 como Constitución que revalida la idea de legitimidad democrática, transformando el modelo de Estado de Derecho en un Estado social de Derecho, la soberanía nacional en soberanía popular, estableciendo un amplio catálogo de derechos constitucionales, dotando del principio de supremacía constitucional al ordenamiento jurídico y constituyendo una serie de mecanismos de control de constitucionalidad, generó también una transformación en la estructura del Estado pasando del clásico sistema monocrático en el que un alto tribunal se repartía las diferentes especialidades en sus salas, incluyendo la constitucional, a la creación de un órgano con competencias concentradas para el conocimiento de las acciones constitucionales y relegando a la Corte Suprema de Justicia al conocimiento de las acciones ordinarias.

Así la creación de la Corte Constitucional y separación de la Corte Suprema de justicia tuvo como principales fundamentos: la necesidad de conformar un órgano de verdaderos especialistas en derecho público que permitieran que la Constitución tuviera una verdadera fuerza vinculante, apelando a una teoría constitucional coherente y uniforme que permitiera

suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles; “, en En Constitución política de 1886.

²³⁸ 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 República 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 señaló 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 facultó 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 creó 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.

²³⁹ “Artículo 160. Los Magistrados y los jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determinen las leyes, ni depuestos sino en virtud de sentencia judicial. Tampoco podrán ser trasladados a otros empleos sin dejar vacante su puesto. No podrán suprimirse ni disminuirse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudique a los que estén ejerciendo dichos empleos.”, en Constitución política de 1886.

determinar el alcance de los derechos y libertades públicas como controlar los actos del ejecutivo y del legislativo.²⁴⁰

A pesar de que en el seno constituyente se buscó que la elección de los magistrados de la CCC fuese únicamente como criterio en el mérito para darles un carácter eminentemente judicial, la ponencia vencedora les otorgó una función mixta, es decir, de naturaleza judicial pero también política, de allí que el mecanismo de elección de los magistrados buscó generar mayor independencia de los magistrados respecto de lo previsto en la Constitución de 1886, pero sin desconocer el carácter político que tienen los asuntos constitucionales.²⁴¹

De cualquier forma el constituyente delegó en el Congreso de la República el número de magistrados de la Corte Constitucional, así en el andamiaje estructural de la CCC se encuentra conformada por nueve (9) magistrados para periodos personales de ocho (8) años sin reelección, que serán nombrados por el Senado de la Republica de tres (3) ternas enviadas por el presidente de la República, tres (3) ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia y tres (3) ternas enviadas por el Consejo de Estado.

Sin embargo, el Constituyente no definió una serie de criterios que permitiera identificar en que se sustenta la decisión tanto de quien terna a magistrado como de quien elegía, además de no definir de manera clara y precisa el proceso de selección, lo que impulsó la expedición del muy escueto Decreto 537 de 2015 que definiría una reglas para la nominación de los ternados por el presidente de la República, pero guardando silencio de las ternas a proponer por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El Decreto 537 de 2015 señaló las reglas básicas para la conformación de las ternas para integrar la corporación constitucional, dándole publicidad al proceso de selección mediante

²⁴⁰ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Comisión Cuarta, ponencia del 8 de abril de 1991, p. 68. P. 12 y 11

²⁴¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, secretaria general, ponencia del 27 de mayo de 1991, p. 14

una invitación pública²⁴² y la publicación de la lista,²⁴³ además de darse la posibilidad de que el presidente entreviste a los aspirantes.²⁴⁴

En este mismo sentido es conveniente poner de relieve como 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 la participación mínima de un treinta por ciento (30%) de mujeres en cargos de máximo nivel decisorio, incluida la CCC²⁴⁵.

Frente a los requisitos generales para ocupar el cargo de magistrado de la CCC, el constituyente previó unos requisitos que no permiten de manera clara verificar la idoneidad de los postulados al cargo, ni mucho menos su conocimiento en Derecho constitucional contrariando la misma finalidad de la creación del este máximo tribunal. Así inicialmente se establecieron como requisitos: ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad;

²⁴² “Artículo 3. *Invitación pública*. Dentro de los 2 meses anteriores a la fecha cierta en que culminen los periodos de los magistrados de la Corte Constitucional que hayan sido postulados por el Presidente de la República, se invitará públicamente, mediante aviso que se publicará en un periódico de amplia circulación nacional, a quienes reúnan los requisitos establecidos en la Constitución Política y en la ley para tal cargo, con el fin de que dentro de los (10) diez días siguientes a la dicha publicación postulen su nombre allegando al Ministro de la Presidencia de la República su hoja de vida, con los soportes documentales que correspondan. Una vez vencido el término señalado, el Ministro de la Presidencia de la República remitirá la lista al Presidente de la República quien podrá, dentro de los (10) diez días siguientes, incluir en el listado los nombres de cualesquiera otros ciudadanos.” En Presidencia de la República, Decreto 537 de 2015.

²⁴³ “Artículo 4. *Publicación de la lista definitiva*. Una vez conformada la lista definitiva, ésta se publicará en la página Web de la Presidencia de la República señalando expresamente si el candidato envió su hoja de vida según lo señalado en este Decreto o fue incluido por el Presidente de la República. Igualmente, se publicarán en este momento los criterios de selección que serán tenidos en cuenta para la valoración de las hojas de vida, así como la política de manejo de eventuales conflictos de intereses entre nominador y candidatos. Se creará un canal, a cargo de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, para que los ciudadanos se pronuncien frente a los candidatos y se informará en medios de comunicación de amplia circulación la existencia del mismo. La ciudadanía contará con un término de diez (10) días contados a partir de la publicación de la lista definitiva para hacer llegar por escrito, de manera sustentada y a través del canal creado para este fin, las observaciones y apreciaciones que se consideren de interés respecto de los candidatos inscritos. Dentro del mismo término la Secretaría Jurídica de la Presidencia podrá solicitar la opinión de organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas, sobre los nombres inscritos en la lista. Una vez vencido el término anterior, el Ministro de la Presidencia remitirá inmediatamente al Presidente de la República las observaciones y apreciaciones que le hayan sido presentadas por los ciudadanos, o le informará que aquellas no fueron presentadas.”, en Presidencia de la República, Decreto 523 de 2015.

²⁴⁴ “Artículo 5. *-Entrevista*. Recibidas las observaciones y apreciaciones de los ciudadanos, el Presidente de la República podrá realizar entrevistas a los candidatos, caso en el cual se deberá establecer y divulgar previamente un mecanismo para la realización de las mismas que garantice equidad y transparencia.”, en Presidencia de la República, Decreto 523 de 2015.

²⁴⁵ “Artículo 4o. participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas: a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2o., serán desempeñados por mujeres;”, en Congreso de la República, Ley 581 de 2000, art. 4.

excepto por delitos políticos o culposos.²⁴⁶ Posteriormente mediante reforma constitucional impulsada por el Congreso se estableció como requisitos para ser magistrado haber ejercido con buen crédito durante 15 años la profesión o la cátedra universitaria, pero sin establecer un área en específico,²⁴⁷ contradiciendo la misma finalidad del constituyente al intentar crear un tribunal compuesto por personas especializadas en el ámbito del derecho público.

Frente al régimen sancionatorio el constituyente de 1991 continuaría con el aforamiento de los magistrados de altas Cortes,²⁴⁸ teniendo como encargado de juzgar a estos al Senado de la República previa acusación de la Cámara de representantes.²⁴⁹

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 ministros de despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado,²⁵⁰ siendo más que lógicas estas limitaciones dada la naturaleza nominadora del gobierno central y estas dos altas cortes, sin embargo es de considerar que estas resultan ser muy mínimas, dejando abierta la posibilidad para que los postulantes sean miembros activos de partidos políticos y la configuración de la llamada puerta giratoria que termina por politizar en demasía la elección y fomentar la corrupción al momento del nombramiento.

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

El constituyente venezolano adoptaría por la creación de un poder judicial monocrático²⁵¹ en cabeza del Tribunal Supremo de Justicia, que estará conformado por siete salas, la sala plena, la sala constitucional, la sala administrativa, la sala electoral, la sala de casación civil, la sala de casación penal y la sala de casación social.²⁵²

Los magistrados del Tribunal Supremo serán elegidos para un único periodo de doce (12) años, de postulaciones a través de iniciativa propia o de organización judiciales, aumentando

²⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 232.

²⁴⁷ Congreso de la República, Acto legislativo 02 de 2015, art., 12.

²⁴⁸ Constitución Política de Colombia, 1991 Art. 174

²⁴⁹ Constitución Política de Colombia, Art.178 numero 3

²⁵⁰ Constitución Política de Colombia, 1991, art. 240.

²⁵¹ El constituyente señaló que la jurisdicción de lo contencioso administrativo corresponde al Tribunal Supremo de justicia, art. 259

²⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VENEZUELA, 1991, art. 162.

la estabilidad y continuidad de sus miembros, otorgando un mayor margen de independencia a estos. Inicialmente, el constituyente venezolano previó unas reglas básicas para la elección de los magistrados del tribunal supremo donde se realizará un primer filtro por parte de comité de postulaciones judiciales, los seleccionados por este serán remitidos al poder ciudadano para que estos realicen una segunda selección, emitiendo una nueva lista que es remitida a la asamblea nacional, quien escoge los mismos de una lista definitiva. Empero, dicho proceso sería complementado y desarrollado vía ley orgánica que dispusiera como la Asamblea Nacional deberá elegir la lista definitiva con por lo menos dos terceras partes de sus miembros que deberá ser alcanzado en máximo tres sesiones, en caso negativo se decidirá por mayoría simple.²⁵³

Para ser magistrado de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela previo que la persona fuese venezolano de nacimiento sin otra nacionalidad,²⁵⁴ ser ciudadano de reconocida honorabilidad como 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”.²⁵⁵ Lo anterior denota una evolución respecto de la Constitución política de Colombia frente 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 señalaría además como requisitos adicionales para la magistratura: 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 ser condenado mediante sentencia en firme; la renuncia a cualquier militancia política como no tener vínculos de consanguinidad en cuarto grado o tercero de afinidad, respecto de los magistrados del tribunal supremo, el presidente de la República, el vicepresidente de la república, los

²⁵³ LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, art. 8.

²⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VENEZUELA, 1991, art. 41.

²⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VENEZUELA, 1999, art. 263.

ministros del gobierno nacional, el fiscal general de la república, el defensor del pueblo y el contralor general; no tener vínculo matrimonial ni unión de hecho con algún magistrado del tribunal supremo; no realizar una 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.²⁵⁶ Con ello, se refuerza la idea de independencia judicial desde los mismos requisitos para la postulación al cargo a proveer, resaltando la necesidad de no pertenecer a partido político alguno como la preparación en el área del derecho constitucional para formar parte de la sala constitucional.²⁵⁷

Frente al sistema de aforamiento efectuado por el constituyente de 1999 se adoptó que fueran sancionados y removidos por la Asamblea Nacional mediante mayorías calificadas una vez se haya calificado la conducta como grave por parte del poder ciudadano, tratándose de un sistema de aforamiento que busca el equilibrio entre las distintas ramas del poder público.

Pese a los avances esgrimidos, el constituyente recayó en dejar en 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 de justicia de la república bolivariana de Venezuela señalando en lo que respecta a la sala constitucional su conformación por siete (7) magistrados. Por todo, el modelo de elección venezolano presenta avances y retrocesos respecto del modelo colombiano, siendo un proceso más democrático por la intervención activa de distintas autoridades públicas, pero retomando los modelos monocráticos de justicia que albergan 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 de este país fuera un órgano autónomo administrativa y financieramente de las demás ramas del poder público,²⁵⁸ continuando con la visión de constituir un órgano especializado que juzgue la constitucionalidad de las normas y actuaciones de los demás poderes públicos.

²⁵⁶ LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, art. 7.

²⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, Art. 436.

²⁵⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, 2008, art. 430.

Otro aspecto relevante resulta ser en como el mismo constituyente señala el número de miembros de la corporación, la cual está integrada por nueve magistrados para un periodo de nueve (9) años sin reelección inmediata, siendo renovada la corporación por tercios cada tres años.²⁵⁹

De cara a los requisitos para pertenecer a la CCE la CPE de 2008 señala: ser ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus 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 (10) años; demostrar probidad y ética; y no haber pertenecido en los últimos diez (10) años a la directiva de algún partido político.²⁶⁰ En comparación con la Constitución Colombiana, el constituyente ecuatoriano buscó que los miembros de la CCE no tuvieran estrechos vínculos políticos que afectan su independencia al momento de administrar justicia, como además una mayor exigencia académica respecto del caso colombiano, exigiendo título de tercer nivel (maestría o doctorado) para sus aspirantes, no obstante, requiere mucha menos experiencia en el ámbito 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 quienes hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto y quienes sean cónyuges, convivientes, o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de un juez de la Corte o la comisión calificadora, además de ello no podrá desempeñar ningún otro cargo a excepción de la cátedra universitaria.²⁶¹

El sistema de elección adoptado en la Constitución de 2008 también sería innovador hasta cierto punto, tratando de generar un proceso de selección a partir del mérito de sus aspirantes, pero al final también estará plagado de la intromisión de los poderes políticos. De esta manera, el proceso se da mediante la designación de una comisión calificadora integrada por dos (2) personas nombradas por el poder ejecutivo, legislativo y judicial, previendo que las candidaturas sean presentadas por estos poderes, quienes se someterán a un concurso

²⁵⁹ *Ibid.*, art. 432.

²⁶⁰ *Ibid.*, art. 433.

²⁶¹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, arts. 173 y 174.

público de méritos, teniendo como situación de innovación la veeduría y posibilidad de impugnación de la ciudadanía.²⁶²

A pesar del proceso señalado por el constituyente, el legislador reglamentó el procedimiento mediante Ley Orgánica destacándose la inscripción de veedurías nacionales e internacionales en el proceso de selección,²⁶³ la preferencia de la candidatura de una mujer, la valoración de la formación, experiencia y producción intelectual como a su vez el examen de oposición que deberá versar sobre asuntos relacionados con la jurisdicción constitucional.²⁶⁴ Acto seguido y publicado el listado de candidatos preseleccionados, se podrá presentar impugnaciones por parte de la ciudadanía a las candidaturas, para finalmente, proceder a la entrevista por parte de la comisión, siendo elegidos los tres aspirantes con mayor puntaje.²⁶⁵

La Constitución ecuatoriana buscó un mayor grado de independencia al tratar de limitar los escenarios políticos de los miembros pertenecientes a la CCE, estableciendo que estos no podían ser candidatos a cargo público de elección popular.²⁶⁶ 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, destacándose en general como todos los procesos de selección se encuentran permeados por la política

Frente al aforamiento de los magistrados de la Corte Constitucional, resulta ser interesante cómo esta Constitución rompe con los esquemas establecidos por el modelo colombiano y venezolano de residir la competencia de su investigación y sanción en el poder legislativo, a contrario sensu, el constituyente radica esa competencia en el mismo poder judicial, siendo el acusador el fiscal general de la Nación y el conocimiento de la sala plena de la Corte Nacional de Justicia que para declarar la responsabilidad del alto funcionario judicial será necesario tener el voto de mínimo las dos terceras partes de la corporación.²⁶⁷ Así mismo, de cara a la destitución de uno de sus miembros esta será conocida por la misma corporación debiendo tener el voto de las dos terceras partes de la sala plena.

²⁶² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, art., 434.

²⁶³ *Ibid.*, art. 180.

²⁶⁴ *Ibid.*, art. 181

²⁶⁵ *Ibid.*, art. 183.

²⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, art. 113.

²⁶⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR, 2008, art. 431.

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 enarboladas a la elección de los jueces constitucionales en Bolivia debido a la aplicación de la democracia en extremo, desconociendo la lógica misma de los tribunales constitucionales como poder contra mayoritario que obedece a un carácter especializado,²⁶⁸ la CPB resulta ser novedosa por la forma de elección de los magistrados y magistradas del TCPB al incluir fórmulas de inclusión y representatividad de los pueblos indígenas campesinos originarios como forma de reivindicación y reconocimiento de estos en el nuevo Estado constitucional plurinacional, teniendo como método de elección el sufragio universal. No obstante, nuevamente se delega al poder legislativo la potestad de determinar el número de magistrados del tribunal y su conformación, designando el constituyente solamente el período de estos, que será personal de seis (6) años sin posibilidad de reelección.

Así, mediante Ley Orgánica 027 de 2009 el legislativo dispuso que el TCPB estaría conformado por nueve (9) magistrados y magistradas, de los que al menos dos (2) deberán provenir del sistema originario campesino,²⁶⁹ todos ellos para periodos de seis (6) años de dedicación exclusiva,²⁷⁰ pero a diferencia de lo preceptuado por el constituyente podrán ser reelegidos, pero no para periodos continuos.²⁷¹

Los requisitos señalados por el constituyente para integrar esta corporación son: haber cumplido treinta y cinco (35) años de edad, poseer el título de abogado, haber ejercido la profesión de manera honesta o la cátedra universitaria durante ocho (8) 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.²⁷² Además de ello, los candidatos no podrán pertenecer a organizaciones políticas, tratando de asegurar la objetividad de los aspirantes a la magistratura. Al igual que en otros casos del NCL, la Ley exigirá nuevos requisitos para ser magistrado del TCPB como haber cumplido con la prestación del servicio militar, no haberse formulado pliego de cargos o haber sido

²⁶⁸ SALAZAR, P. (2009). “El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista”, en RIFP, 34, pp. 189- 190.

²⁶⁹ Ley 027 de 2009, art. 13.

²⁷⁰ Ley 027 de 2009, art.15

²⁷¹ Ley 027 de 2009, art. 14

²⁷² Constitución Plurinacional de Bolivia, art., 199.

condenado en materia penal, estar inscrito en el padrón electoral y hablar al menos dos idiomas oficiales del país.²⁷³ Sin embargo, algunos de estos requisitos en sí mismos no permiten asegurar la idoneidad de los perfiles a optar por el cargo, ya que de ninguna manera pretenden establecer su nivel de conocimientos en el área, tornándose medidas de naturaleza restrictiva que limitan el acceso de las personas a estos cargos públicos.

Respecto del proceso de selección, la CPB de 2009 preceptúa que la elección inicialmente se dará con la conformación de una lista de precandidatos de los postulantes realizada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, lista que deberá ser de mínimo 28 postulantes, integrada en igual número de hombres y mujeres, la cual será remitida al órgano electoral.²⁷⁴ Así, el Órgano electoral realizará la campaña electoral en favor de los candidatos, denotando sus méritos al público. Una vez realizadas las votaciones serán elegidos aquellos que tengan el mayor número de votos por parte del pueblo.²⁷⁵

Frente al proceso de selección, vale señalar como en la primera parte de este, al presentarse una ausencia de criterios de evaluación de méritos, se termina aplicando elementos políticos y subjetivos para la preselección, desconociendo la esencia misma del constituyente de 2009 que pretendía eliminar la práctica clientelar y politiquera en la designación de estos funcionarios para que fuese el pueblo quien eligiera a los mismos.²⁷⁶ Además de ello, como crítica se da que una vez superada la etapa de preselección, la información para la decisión consciente y voluntaria del pueblo respecto del perfil e idoneidad de cada uno los candidatos ha sido prácticamente nula, generando confusión y desinformación en el electorado.

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. Recuérdesse cómo la preselección de los 28 candidatos la realiza la Asamblea Legislativa por mayorías de dos tercios de la votación que terminan desembocando en la ausencia de independencia y autonomía de la función jurisdiccional.²⁷⁷

²⁷³ Ley 027 de 2009, art. 17

²⁷⁴ Ley 027 de 2009, art. 20.

²⁷⁵ Constitución Plurinacional de Bolivia, 2009, art., 198 y 182.

²⁷⁶ ORIAS, R. (2012). “Elecciones judiciales en Bolivia: un balance crítico”, en POSTEMA, M. (Coord), *Selección de miembros de altas cortes e intendencia judicial*, Aportes Revista de la fundación para el debido proceso DPLF, 17, p. 17.

²⁷⁷ 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, en Revista Boliviana de Derecho, N-1 32, p. 888; NOCERA, L. (2019). “Contradicciones constitucionales: el tribunal constitucional plurinacional”, *op, cit*, pp. 494- 495.

Finalmente, en el sistema de aforamiento, la CPB de 2009 retomaría la fórmula de la CPC, entregando a la cámara de diputados la facultad de acusar a los miembros del TCPB ante la cámara del Senado.²⁷⁸

1.3.5. Sinopsis de los procesos de elección de magistrados de los tribunales constitucionales en el NCL.

En el NCL se puede observar diferentes elementos en la elección de los magistrados o jueces de los tribunales constitucionales, sin que exista unidad de criterios respecto de las calidades de los participantes a formar parte de la Corporación ni de su idoneidad. Así de lo revisado se puede destacar:

1. Respecto de las calidades de quienes aspiran a formar parte de un tribunal constitucional, el caso colombiano es el que exige menores requisitos respecto de las condiciones académicas del aspirante, pero de los demás ordenamientos jurídicos del NCL es la que más experiencia profesional exige a los candidatos, buscando asegurar mayor idoneidad. Sin embargo, de manera general los requisitos para ser magistrado del tribunal Constitucional resultan ser muy exigüos, permitiéndole a cualquier profesional del derecho pertenecer a esta clase de corporaciones, sin que se acredite ninguna calidad especial.
2. Todos los procedimientos de elección de los magistrados de los tribunales constitucionales del NCL tiene en mayor o menor medida la intervención de los demás poderes públicos que pueden afectar la independencia e imparcialidad de sus miembros frente a una determinada decisión. No obstante, el sistema que más premia el mérito resulta ser el ecuatoriano debido a la fase previa de la escogencia, donde se trata de medir de manera objetiva las condiciones de idoneidad de los aspirantes a la magistratura, como a su vez la participación del pueblo en ella, permitiéndole formular objeciones a los candidatos. Por otra parte, el modelo más democrático sin lugar a duda resultar ser el boliviano, ello debido a la elección directa por parte del pueblo, empero el proceso termina siendo desfigurado debido a la selección inicial por parte del poder legislativo de quienes son presentados al pueblo para su elección. Finalmente, el modelo más politizado resulta ser el colombiano, que como ya se dijo,

²⁷⁸ Constitución Plurinacional de Bolivia, art. 159

sus criterios de idoneidad son nulos, no existe ningún tipo de criterio objetivo para su escogencia, no existe ningún tipo de participación del pueblo y todo, depende de la decisión del Senado de la República.

3. Los mecanismos de elección de los jueces constitucionales con la interacción directa de los poderes políticos, ha llevado a que los poderes constituidos busquen nominar personas más cercanas a sus ideologías políticas, ello debido principalmente que ante los márgenes interpretativos que tienen en sí mismo la Ley y la Constitución, el juez decida a partir de un componente mayoritariamente ideológico.²⁷⁹
4. En todo caso, en los distintos modelos de elección se observa una intervención directa de los órganos políticos en su elección, lo que conlleva que la ideología y el partidismo tengan una especial importancia dentro del proceso, que lleva a que los órganos electores le atribuyan un especial rol político a los Tribunales constitucionales.²⁸⁰
5. En aras de generar proceso de selección de magistrados que consulten en mayor medida la voluntad popular, se hace necesario que el pueblo como poder constituyente tenga una participación directa en el trámite y que el mérito sea la piedra angular de la selección. Para ello, se considera que el órgano encargado de realizar la selección sea autónomo respecto de los poderes públicos, se hace necesario indicar un perfil idóneo para el desempeño de las funciones jurisdiccionales, como también definir un procedimiento claro de selección que goce de publicidad y transparencia en todo su desarrollo mediante audiencias públicas que permitan evaluar la idoneidad del postulante.²⁸¹
6. Es imperioso que se adopten 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 que se ve contraria al sistema actual de elección escogido por el constituyente. Además, se hace necesario que la ciudadanía ejerza un control social al mecanismo de elección, pudiendo vetar a los candidatos o ponerlos frente al debate público, la necesidad de celebrar audiencias públicas.

²⁷⁹ SERRA, R. (2023). “La selección de jueces en Estados Unidos: la singularidad de un modelo dual y diverso”, *op. cit.*, p. 174.

²⁸⁰ EPSTEIN, L y SEGAL, J. (2005). *Advice and consent: The politics of judicial appointments*, Oxford University Press, New York, p. 3

²⁸¹ POSTEMA, M. (2012). “La selección transparente y basada en el mérito es esencial para la independencia judicial”, *op. cit.*, p. 4.

7. Desde un ámbito objetivo, los requisitos para ser magistrado de la CCC resultan ser muy exiguos, lo que implica que cualquier profesional del derecho pueda ser magistrado, no reflejando capacidades especiales para ser magistrado. Por otra parte, en el caso venezolano si se solicita tener experiencia o especialización acreditada de por lo menos ocho años en derecho constitucional, administrativo o derechos humanos. No obstante, se hace directa la obligación de que los magistrados no pertenezcan a ningún partido político.
8. Finalmente, en Colombia en medio de la crisis institucional se expide el Decreto 537 de 2015 que garantiza los cumplimientos de participación, pluralidad, igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad. Por todo en el caso colombiano no se permite un acceso real del ciudadano a este puesto, no se solicitan requisitos que realmente permitan la idoneidad de los magistrados nominados, la presencia de los órganos político afecta de manera directa la independencia judicial, la inexistencia de criterios específicos para el Senado de la república deja ello a la discrecionalidad y la política. Muchas veces no se cumple con la publicidad y transparencia.

La elección de magistrados de los tribunales constitucionales del NCL					
<i>país</i>	<i>órgano elector</i>	<i>elaboración de la lista de elegibles</i>	<i>requisitos de idoneidad</i>	<i>periodo</i>	<i>órgano sancionatorio</i>
Colombia	Senado de la República	Tres (3) ternas enviadas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República	ser colombiano de nacimiento, abogado en ejercicio y tener experiencia de más de quince años	ocho (8) años	Congreso de la República

Venezuela	Asamblea Nacional	el comité de postulaciones judiciales remitirá al poder ciudadano, y este a su vez, a la Asamblea Nacional	ser venezolano de nacimiento, ser jurista con experiencia de más de quince (15) años, tener postgrado en materia de derecho constitucional o a fin	doce (12) años	Asamblea Nacional
Ecuador	Comisión calificadora	comisión calificadora	ser ciudadano ecuatoriano en ejercicio, tener título en derecho de tercer nivel, tener experiencia de más de diez (10) años	nueve (9) años	El poder judicial investigando el fiscal general de la Nación y juzgando la Corte Nacional de Justicia
Bolivia	cuerpo electoral		ser ciudadano Boliviano, haber cumplido treinta y cinco (35) años, tener ocho (8) años de experiencia	seis (6) años	Asamblea legislativa plurinacional

Tabla 1. 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.

Como características de las constituciones del NCL se tiene 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 las nociones técnicas que tienen los textos constitucionales.²⁸²

No puede olvidarse como al explicar la teoría del NCL, MARTÍNEZ DALMAU y VICIANO han preceptuado como el neoconstitucionalismo ha sido una teoría jurídica que ha reaccionado al constitucionalismo formal ante la ausencia de legitimidad democrática, empero el NCL en sí ya está legitimado democráticamente por sus procesos constituyentes, de allí que se contemplen diferentes mecanismos de control constitucional a los poderes constituidos,²⁸³ pero que lastimosamente han sido restringidos por el mismo poder constituido, desconociendo la propia lógica del NCL.

No cabe duda de que el neoconstitucionalismo ha realizado valiosos aportes a la garantía del principio de supremacía constitucional, tratando de brindarles un enfoque operativo a los enunciados normativos de índole constitucional y superando las visiones nominalistas de la Constitución.²⁸⁴ Sin embargo, sus métodos han aumentado aún más las objeciones democráticas al control de constitucionalidad, haciendo más evidentes las tensiones entre democracia y constitucionalismo.

Del mismo modo PAZMIÑO, ha señalado que el NCL ha sido guiado bajo directrices normativas propias del neoconstitucionalismo a fin de *“construir una justicia constitucional y altamente profesionalizada, totalmente independiente del resto de poderes del Estado, incluida la función judicial”*.²⁸⁵ Del mismo modo preceptúa sobre el caso ecuatoriano:

“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

²⁸² VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, p. 28.

²⁸³ MARTÍNEZ DALMAU, R y VICIANO, R (2012). “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Ávila, *Política, Justicia y Constitución*, centro de estudios y difusión de derecho, Quito.

²⁸⁴ DALLA, A. (2010). “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en BOGDANDY, A, MORALES, M y FERRER, E. (Coord), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de investigaciones jurídica Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, pp. 455- 456.

²⁸⁵ PAZMIÑO. P. (2010). *Desafiando caminos*, FLACSO, Quito, p. 208

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.”²⁸⁶ De esta manera el NCL buscando un modelo democrático constitucional con una naturaleza transformadora toma elementos propios del Neoconstitucionalismo como: 1) la existencia de una Constitución rígida, escrita y suprema; 2) un amplio catálogo de derechos humanos; y 3) múltiples mecanismos de control de constitucionalidad.²⁸⁷

1.4.1. El NCL y el Neoconstitucionalismo (principialista y garantista) como formas de entender el constitucionalismo.

ALTERIO señalará que el Neoconstitucionalismo en sí mismo representa un cambio de paradigma del derecho y el Estado constitucional como también deberá ser entendido como una teoría del derecho.²⁸⁸ Por ello, en un primer momento el neoconstitucionalismo resulta ser el cambio de modelo normativo en el que todos los poderes públicos inclusive el legislador se encuentran sometidos a las normas constitucionales buscando privilegiar la protección de los derechos y garantías fundamentales, a diferencia del modelo positivista propio del Estado de Derecho. Lo anterior implica que en el Estado Constitucional de derecho a diferencia del Estado clásico de derecho el juez adquiera un rol protagónico en la defensa de la Constitución. Con todo, el Neoconstitucionalismo tiene como principales elementos la garantía del principio de supremacía constitucional y la visión de un derecho por principios, que reputa una teoría del derecho, pero con una teoría del poder oculta, mientras que el NCL resulta hacer explícita una teoría del poder que toma elementos de la teoría del derecho para permitir que la voluntad del poder constituyente plasmada en la Constitución sea garantizada. A continuación, se presenta una visión general y comparatista entre el Neoconstitucionalismo y el NCL.

PRIETO ha definido el Neoconstitucionalismo desde una triple visión, ello es, como una doctrina del Estado, como una teoría del derecho y una teoría de las ciencias jurídica; (1) como teoría del Estado, el Neoconstitucionalismo termina defendiendo un modelo de

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 210- 211.

²⁸⁷ RIVERA, S. (2022). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, luces en sus principios, sombras en su aplicación orgánica”, *Annuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, p. 56.

²⁸⁸ ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, ciudad de México, pp. 28- 46.

Estado Constitucional sustentado en la supremacía de la Constitución; (2) desde la teoría del derecho explica la forma en cómo funcionan los sistema jurídicos actuales; y (3) desde la ciencia del derecho epistemológicamente defiende una visión moral del derecho.²⁸⁹ De esta forma, el Neoconstitucionalismo centra su estudio en la fuerza normativa de la Constitución, adquiriendo una dimensión objetiva en la que los poderes públicos se encuentran vinculados a los preceptos contenidos en esta y obligados a garantizar sus disposiciones.

Como teoría del derecho, el Neoconstitucionalismo centra su atención en la tipología normativa de los textos constitucionales y 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”*.²⁹⁰ Desde allí, para los neoconstitucionalistas es la Constitución una norma que impregna todo el ordenamiento jurídico, necesitando una metodología propia para interpretar sus postulados que se aparten de las formas clásicas de interpretación de la Ley.²⁹¹ Con todo, frente a la interpretación constitucional desde el Neoconstitucionalismo, esta se asienta en los conceptos de: a) principios vs. 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; d) la defensa de la discrecionalidad judicial sobre la discrecionalidad del legislador.²⁹²

POZZOLO menciona que se podrá hablar de especificidad de la interpretación constitucional desde cuatro puntos de vista, esto es: (1) De la peculiaridad del sujeto que implica que exista 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 axiológica²⁹³. Por ello, desde un punto de vista político es el poder judicial quien adquiere especial relevancia en esta teoría,

²⁸⁹ PRIETO SANCHÍS, L. (2014). “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica, en GASCÓN, Marina, *Argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 17.

²⁹⁰ ALTERIO, A. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis de grado Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid., p. 49

²⁹¹ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo”, *op, cit*, p. 18

²⁹² POZZOLO, S. (1998). “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, 2 (21, pp. 340-342.

²⁹³ *Ibid.*, pp. 346-347

dado que ya no son la simple boca de la Ley que tanto pregonaba MONTESQUIEU, sino que su interpretación tiene una especial connotación valorativa.²⁹⁴

En este sentido, los autores adscritos al Neoconstitucionalismo encuentran coincidencias en señalar que el cambio de paradigma obedece a la alteración del objeto de estudio. Sin embargo, respecto de la forma en cómo se aborda y estudia ese objeto que es la Constitución, se desarrollaran las principales diferencias entre las dos concepciones más fuertes del Neoconstitucionalismo, ello es: el Neoconstitucionalismo normativista liderado en mayor medida por FERRAJOLI, el cual mantiene una visión positivista en la interpretación y aplicación de la Constitución; y el modelo Neoconstitucional conceptualista como corriente antipositivista.²⁹⁵

De esta manera, como principales líneas de semejanza entre Neoconstitucionalismo y el garantismo se dará la adopción en los textos constitucionales de parámetros de validez de las demás normas del ordenamiento jurídico, siendo normas de carácter indeterminado y abstracto. Así ambas visiones consideran necesario limitar al poder legislativo a partir del texto constitucional, exigiendo la implementación de mecanismos de control de constitucionalidad como límite al poder político.²⁹⁶

Además de ello, inicialmente se considera que el Neoconstitucionalismo resulta ser una teoría del derecho que al contrario del garantismo tiene una doble visión, como teoría del derecho, pero a su vez como teoría del poder. No obstante, la principal diferencia entre ambas corrientes radica, en la aceptación del neoconstitucionalismo de elementos morales incorporados al derecho positivo, distinción que el garantismo ataca a fin de preservar la autonomía del derecho, separando el derecho de la moral o el ser del deber ser.²⁹⁷ Por ello que el garantismo entienda la Constitución como: (1) lex superior que considera que todo Estado con Constitución es un Estado constitucional; (2) la Constitución como única fuente de acto; (3) la remisión normativa de la Constitución al poder constituyente; (4) los derechos como derechos constitucionales; (5) la existencia de elementos meta formales, pero de naturaleza metaconstitucional; que a diferencia del Neoconstitucionalismo principalista

²⁹⁴ PRIETO SANCHÍS, L. (2014). “Presupuestos neoconstitucionalistas...”, *op. cit.*, p. 23.

²⁹⁵ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8, pp. 236-239

²⁹⁶ SALAZAR, P. (2011). “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, en *Doxa*, 34, pp. 291- 292

²⁹⁷ SALAZAR P. (2011). “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *op. cit.*, pp. 296-298

entiende que: (1) no todo Estado con Constitución es Estado constitucional; (2) que la Constitución no es la única fuente de acto; (3) que la explicación de la Constitución no se remite únicamente al poder constituyente; (4) que la Constitución reconoce algunos derechos; (5) la existencia de elementos meta formales por fuera del texto constitucional.²⁹⁸

De esta forma, para el NC de carácter principalista existen fuentes diferentes al poder constituyente para blindar la legitimidad democrática del orden constitucional, lo que a su vez hace que existan elementos normativos por fuera de la Constitución, remitiéndose a elementos de carácter axiológicos extra constitucionales, impidiendo la autonomía entre derecho y moral.

Esta visión sin lugar a dudas tendrá repercusiones en la forma en cómo se interpreta la Constitución, en tanto la aceptación de elementos morales por parte del Neoconstitucionalismo principal implementará nuevos métodos hermenéuticos que conlleven mayores márgenes de maniobra para los jueces. Por ello, que el modelo clásico de las normas como reglas deba ser abandonado y surjan los principios como modelos normativos predominantes dada su fuerte carga moral, haciendo que el juez en el modelo neoconstitucionalista sea predominantemente un juez activista o creador de derecho, mientras que en el garantismo se trata de un juez como límite a los poderes de las mayorías, pero a su vez un juez comprometido con que los demás poderes realicen sus mandatos constitucionales.²⁹⁹ Esto último, a diferencia del NCL el garantismo mantiene la visión clásica de los derechos y de la democracia anclada en el modelo de democracia representativa.

Ahora bien, el Neoconstitucionalismo como teoría del derecho presenta un sistema de fuentes, un sistema de interpretación y del sistema jurídico que rompe las clásicas estructuras del Estado de derecho liberal, convirtiendo a la Constitución en una norma de carácter conflictivista y principalista.³⁰⁰ Por ello, que el neoconstitucionalismo tenga como método de solución de conflictos la ponderación entre principios, del cual surge la jurisprudencia como fuente primaria del derecho dadas las soluciones adoptadas por los jueces en un caso particular.

²⁹⁸ AGUILÓ, J. (2012). "Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta", en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, 35, p. 254.

²⁹⁹ SALAZAR, P. (2011). "Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción", *op. cit.*, p. 297 y SS.

³⁰⁰ PRIETO, L. (2014). "Presupuestos neoconstitucionalistas...", *op. cit.*, p. 29

El NCL tendrá como elemento común con el Neoconstitucionalismo la centralidad y supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, sin embargo también tomará en cuenta la legitimidad democrática con que cuenta el texto normativo para erigirse como norma suprema.³⁰¹ Es como las Constituciones del NCL representan una misma ideología, en donde el pueblo es el único poder soberano del cual emanan todos los poderes públicos y la supremacía de la Constitución, siendo normativamente superior a cualquier norma por ser creada por el mismo pueblo. Al respecto dirán VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU:

“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*.”³⁰²

Jurídicamente, el Neoconstitucionalismo presenta una modernización del derecho constitucional incorporando principios jurídicos y elementos axiológicos, con normas que pregonan por la efectividad directa del texto constitucional junto a múltiples mecanismos de defensa jurisdiccional; la recepción del derecho internacional de los derechos humanos; nuevos y variadas formas de interpretar la Constitución que conllevan un activismo del juez constitucional que resultará ser un actor normativo en la supremacía de la Constitución.³⁰³

En consecuencia, el Neoconstitucionalismo enfoca su preocupación en la dimensión jurídica de la Constitución catalogándose como una teoría del derecho que busca explicar: (1) la asunción del Estado constitucional sobre el modelo clásico de Estado de derecho; (2) la forma de interpretar este texto constitucional, entregando la protección de los derechos fundamentales a los jueces; y (3) la asunción de la jurisprudencia como fuente primigenia de derecho en detrimento de la Ley. De esta forma, el NCL avanza en el concepto de Constitución desde un sentido material como aquella norma suprema que resulta ser el resultado de una expresión democrática por parte del poder soberano en manos del pueblo

³⁰¹ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 18

³⁰² *Ibid.*, p. 19

³⁰³ VILLABELLA, C. (2017). “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 149, p. 948.

del cual irradia la fuerza normativa de la Constitución y legitima el poder proveniente de esta.³⁰⁴

ÁVILA señala como en Latinoamérica el Neoconstitucionalismo empezó a tomar fuerza a finales del siglo XIX teniendo como principales elementos para la descolonización y emancipación de los pueblos: “(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*”³⁰⁵. Así mismo, TEROL señala como 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 a la Constitución en una norma con fuertes y variados elementos axiológicos.³⁰⁶

Al comparar la teoría del Neoconstitucionalismo con la del NCL se puede evidenciar algunas semejanzas, pero también diferencias en sus ejes estructurales. Como puntos de encuentro entre ambas se puede revistar como ambas teorías buscan ser normativas y abogan por la asunción de un Estado Constitucional, de manera que la constitucionalización del ordenamiento jurídico sea una constante entre ambas. No obstante, el NCL presenta elementos asociados al constitucionalismo popular, que legitima el orden jurídico en la noción de soberanía popular que para el Neoconstitucionalismo resulta irrelevante.³⁰⁷ En este sentido, el neoconstitucionalismo y el NCL como puntos divergentes tendrán el modelo de legitimidad, sus estructuras institucionales, la teoría de la democracia y las relaciones entre derecho y política.³⁰⁸

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, siendo los jueces la autoridad encargada de satisfacer las pretensiones de corrección de las decisiones mayoritarias. Esta situación dista del modelo de legitimidad pregonado por el NCL cuyo eje es el pueblo como poder constituyente que

³⁰⁴ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *El otro derecho*, 48, pp. 74- 76.

³⁰⁵ ÁVILA, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Ediciones Abya- Yala, Quito, p. 60.

³⁰⁶ TEROL, M. (2015). *El neoconstitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 9-10

³⁰⁷ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op, cit*, pp. 278-279.

³⁰⁸ *Ibid.*

legítima los procesos constitucionales y democráticos³⁰⁹. 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 es un actor permanente en la vigencia constitucional, de allí que la rigidez de la Constitución se sustente en el respeto al pueblo como poder soberano a diferencia del modelo del Neoconstitucional cuyo respeto se debe a la Constitución misma.³¹⁰ De cualquier forma, frente a la legitimidad de la Constitución en el NCL señala MARTÍNEZ como el eje central del NCL 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. Son 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”³¹¹.

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, que en el NCL no es otra que en el pueblo como poder constituyente y soberano creador de texto constitucional, siendo no legítimas aquellas constituciones en donde el pueblo no participa en su elaboración.³¹² Por eso que en el caso del NCL el concepto de soberanía popular impregna la estructura institucional, el modelo de democracia a adoptar 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

³⁰⁹ ALTERIO 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””, en *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, *op. cit.*, p. 36.

³¹⁰ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo”, *op. cit.*, pp. 279-281.

³¹¹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2013). “Interpretación de la Constitución democrática”, en *Costituzione. Economia-Globalizzazione, Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, p. 440.

³¹² VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

elaboración del texto constitucional, situación que difiere de las corrientes neoconstitucionalistas.³¹³

BELLOSO³¹⁴ enuncia cuatro criterios para diferenciar el Neoconstitucionalismo del NCL, considerando, que dichas diferencias residen en sus presupuestos, sistematización, objetivos, el objeto a tutelar y el cómo se tutela. Desde los *presupuestos*, el NCL se diferencia del neoconstitucionalismo en el uso de la teoría crítica del derecho a través de los movimientos sociales que han hecho surgir 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 resulta ser una corriente en fase de sistematización en razón a las luchas populares que se han dado para la reivindicación del pueblo como poder soberano; desde los *objetivos*, el NCL se caracteriza por tener textos constitucionales para la emancipación de los pueblos desde el mismo pueblo³¹⁵, mientras que en el Neoconstitucionalismo a través de las constituciones principialistas se otorga especial importancia al juez en la asunción de los derechos; desde *el objeto a tutelar*, el NCL y el neoconstitucionalismo guardarán relación en la defensa de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, sin embargo el NCL incorpora una visión colectiva de los derechos, consagrando derechos y acciones colectivas, rompiendo el corte individualista del derecho constitucional clásico;³¹⁶ desde el cómo *se tutelan los derechos*, el NCL adopta un visión

³¹³ ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. GASCON, Marina, Madrid, editorial Trotta, p. 12.

³¹⁴ BELLOSO, N. (2015). “El neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, pp. 43- 46.

³¹⁵ Señalara BELLOSO sobre ello: “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...”, *op. cit.*, p. 41- 42.

³¹⁶ “Otro elemento distintivo de los derechos humanos en América Latina es el énfasis en la dimensión colectiva en la protección de derechos fundamentales. A menudo las sentencias conciernen expresamente al tratamiento que se le da a un grupo específico. En otras ocasiones se redactan de manera que se resuelve directamente sobre aspectos que afectan a ciertos grupos, lo cual termina beneficiándolos. El carácter colectivo se refuerza debido a que muchos casos paradigmáticos son fruto de estrategias de litigio de grupos y organizaciones no gubernamentales que abogan por la transformación social”, en VON BOGDANDY, A. (2015). “Tus constitucionale en América Latina”, En *Revista Derecho del Estado*, 34, pp. 19- 20.

activista del poder judicial, pero anclada también a la participación del pueblo en la defensa de los derechos, situación que no ocurre en el Neoconstitucionalismo en el que se refuerzan las facultades de los jueces como órgano que controla los demás poderes públicos.

Desde el punto de vista institucional, el Neoconstitucionalismo se caracteriza por ser un modelo elitista³¹⁷ que deja en manos de los jueces las decisiones con estrecha relación a los derechos constitucionales—ello debido también a un modelo fuerte de control de constitucionalidad—, inclusive hasta los derechos fundamentales enunciando por parte de los tribunales constitucionales como estos últimos fungen como límites infranqueables al mismo poder soberano, contradiciendo la misma noción del pueblo como poder absoluto e ilimitado en que se sustenta el NCL. Serán entonces los jueces el poder prevaleciente dentro de este modelo, atribuyéndoseles una amplia gama de facultades restrictivas frente a los demás poderes e incluso frente al mismo pueblo.³¹⁸ El NCL tiene como elementos común al neoconstitucionalismo la rigidez de la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales de protección al texto constitucional, sin embargo incorpora elementos democráticos y participativos para la defensa de la Constitución por parte del mismo pueblo como poder constituyente, fungiendo como un poder político de carácter proactivo, pero también siendo límite a los poderes constituidos además dichos medios han adquirido un especial componente emancipador y transformador de la realidad social, siendo la ciudadanía mediante las acciones constitucionales la encargada de la reivindicación de derechos de grupos marginados como a su vez poner en discusión grandes luchas sociales que los poderes democráticos por excelencia no han querido dar.

Habría que decir también que la noción de poder constituyente en la teoría del NCL impide que cuando se habla de la rigidez de la Constitución, se pueda esgrimir la existencia de elementos inmodificables, ya que para el pueblo como soberano no existen tales límites externos.³¹⁹ Empero, la noción de poder constituyente será un límite para los poderes

³¹⁷ “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”, en VICIANO, R y MARTINEZ, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 71.

³¹⁸ Véase por ejemplo como GARZON habla del coto vedado como restricciones al mismo pueblo, en “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, , 6, 1989; o FERRAJOLI, habla de la esfera de lo indecible, en *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trad, IBÁÑEZ, P, Madrid, editorial Trotta, 2014, pp. 19- 22.

³¹⁹ “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

constituidos en su ánimo de reformar, modificar o alterar el texto constitucional, parafraseando a VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU citando COLÓN- RÍOS, la Constitución desde el constitucionalismo democrático tiene una doble visión, ello es: una Constitución débil frente al poder soberano, pero una constitución fuerte frente a los poderes constituidos,³²⁰ siendo evidente la diferencia de posiciones con el neoconstitucionalismo que considera la Constitución como un limitante a las mismas decisiones del pueblo . Con todo, como ya se vio el NCL incorpora por lo menos a *prima facie* dentro de sus estructuras institucionales elementos de carácter democrático que legitiman la acción de los poderes públicos.³²¹ No obstante, no puede perderse de vista que a pesar del especial componente democrático del NCL, las constituciones pertenecientes a esta teoría siguen “contando con un diseño de poder judicial elitista”³²² que ha puesto obstáculos que alejan a la ciudadanía de la justicia constitucional como ya se vio en 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 unas condiciones de justicia para su ejercicio como la fijación de límites a las decisiones mayoritarias. Por ende, se indica 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 como a su vez, medios para que exprese su voluntad en los asuntos propios de la Nación.³²³

Desde las relaciones entre derecho y política, el Neoconstitucionalismo presenta una férrea desconfianza a las decisiones de los poderes políticos mayoritarios dado que se entrega un amplio margen al momento de interpretar la Constitución a los jueces y son estos los encargados de definir el sentido mismo del texto constitucional, que en principio busca el respeto máximo del texto constitucional de naturaleza originaria, limitando a los demás poderes públicos e invalidando sus actuaciones políticas. A contrario sensu, el NCL centra

emancipador”, En MARTINEZ, R. (2015). “Análisis crítico del derecho constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Themis revista de derecho, 67, p. 50

³²⁰ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre lo neo y el nuevo constitucionalismo “ , p. 77.

³²¹ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op, cit*, pp. 281- 286.

³²² GARGARELLA, R. 2015). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Estudios sociales, N.º 48, 2015, p. 170.

³²³ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op, cit*, pp. 286- 290.

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, convirtiendo el texto constitucional en un escenario de lucha política en la concreción de estos, pero que se encuentra en constante tensión con algunos criterios de interpretación que apelan a la voluntad primigenia del poder constituyente.³²⁴

Por otra parte, no puede perderse de vista como 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 un especial énfasis en la protección irrestricta de derechos fundamentales que se vieron vulnerados en el actuar bélico. Mientras que el NCL, nace de la ausencia de un Estado Social de Derecho, de allí que las nuevas constituciones tengan un especial componente social para el cierre de las brechas de aquellos excluidos históricamente como para el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad en general.³²⁵

ALTERIO destaca como el constitucionalismo ha sido entendido desde un punto de vista débil, es decir, 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,³²⁶ inclusive planteando la expansión de los derechos fundamentales a través del poder de los jueces.³²⁷ Precisa advertir que como principales elementos contra mayoritarios para una versión fuerte del constitucionalismo serán la rigidez de la constitución y el control jurisdiccional³²⁸ que tanto en el neoconstitucionalismo como en el NCL serán criticados mediante “*la objeción democrática*”, en cualquier caso como teoría que busca limitar los poderes públicos el neoconstitucionalismo es una parte del constitucionalismo.³²⁹ Frente al NCL se hablará por ALTERIO como esta doctrina se trata de la actualización del constitucionalismo en América

³²⁴ *Ibid.*, pp. 281- 286.

³²⁵ VON BOGDANDY, A. (2015). “Ius constitutionale commune en América Latina”, *op. cit.*, p. 9

³²⁶ ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, *op. cit.*, p. 24.

³²⁷ PEÑA, A. (2007). “Constitucionalismo y garantismo. Una relación difícil”, *Anales de la Catedra Francisco Suárez*, 41, p. 239.

³²⁸ GUASTINI, R. (2003). “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M (Coord), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, p. 52.

³²⁹ *Ibidem*, 25. No obstante autores como COMANDUCCI señalan que el neoconstitucionalismo centra su atención en la defensa de los derechos fundamentales más que en la limitación al poder, sin embargo, la protección de los derechos fundamentales en sí mismo es una limitación a los poderes públicos.

latina a raíz de movimientos democráticos que introdujeron a las viejas estructuras liberales-conservadoras nuevos elementos para limitar el poder. Finalmente diferenciara uno de otro:

“(…) 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”³³⁰

Se reitera la centralidad en el NCL de la legitimidad de la Constitución como asunción del poder constituyente como único soberano, situación que no ocurre en el Neoconstitucionalismo que centra la legitimidad de la Constitución en la misma carta y la defensa de los derechos contenidos en estas, que inclusive pueden desvanecerse en sistemas internacionales de protección de derechos humanos.³³¹

Ontológicamente, el Neoconstitucionalismo y el NCL tiene finalidades diferentes, el primero busca la protección de los derechos fundamentales, mientras que el segundo asegurar condiciones de verdadera emancipación e igualdad, dado los diferentes contextos en que surgen cada uno, partiendo de que son los derechos fundamentales piezas centrales de esa emancipación, pero no son el fin último. De esta forma, en el continente europeo con posterioridad a la II guerra mundial se atribuyó a la constitución la capacidad de frenar los excesos de las mayorías y los poderes públicos, mientras que el surgimiento del NCL no se debió propiamente a un hecho histórico particular, sino al continuismo de situaciones de inequidad, desigualdad social entre otros, por lo que se le haya atribuido al pueblo esa capacidad transformadora y emancipatoria.

No obstante, al igual que el neoconstitucionalismo, el NCL busca limitar el accionar de los poderes públicos, encontrando limitados por la función misma del poder constituyente, de allí que pese a que ambos son parte del constitucionalismo, el fundamento de la limitación al poder resultar ser distinto.

³³⁰ ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, op. cit, p. 36

³³¹ Puede verse lo dicho por FERRAJOLI, L. (2007). en *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, p. 29.

En su composición, el Neoconstitucionalismo y el NCL asumen constituciones que buscan dotar de diversos postulados que pregonan por una justicia material, apelando a normas tipo principio a diferencia del Estado clásico de derecho en el que primaba la Ley bajo las normas tipo regla. De aquí que el cambio de paradigma no se dé desde la estructura jurídico-política, sino mediante los distintos elementos valorativos que hacen la interpretación maleable al momento de la aplicación de la Constitución; sin embargo el Neoconstitucionalismo y el NCL se diferencian en que en el primero la realización y concretización de los derechos se encuentra intrínsecamente conectada con la moral, mientras que en el NCL ello se da a través desde una concepción política.³³² Conforme lo anterior, la tesis neoconstitucionalistas sustentan la interpretación de la Constitución desde una arista moral, mientras que la interpretación de La Constitución en el NCL deberá darse en términos políticos. Empero, ambos tendrán la connotación de ser plenamente normativos teniendo como objetivo la constitucionalización del ordenamiento jurídico, pero como ya se dijo el NCL sustenta dicha normatividad en el poder constituyente como poder soberano, acercándose en este punto al llamado constitucionalismo popular que conlleva una teoría de la autoridad anclada la legitimidad de la fuerza normativa de la Constitución.³³³

1.4.2. Elementos comunes entre el neoconstitucionalismo y el NCL.

NUÑEZ destaca como en el canon neoconstitucionalista la rigidez y la supremacía de la Constitución son características propias de esta teoría normativa. Lo cierto es que la Constitución deberá tener procedimientos altamente exigentes para su modificación o reforma a comparación del trámite de reforma o creación de una Ley, con el fin de impedir la alteración de los derechos fundamentales; mientras que serán los jueces quienes se encarguen de la protección, defensa y corrección de estos derechos, situación que contrasta con el clásico Estado liberal de derecho.³³⁴

De igual forma, el neoconstitucionalismo aborda la Constitución desde un punto de vista eminentemente jurídico y formal, para ello FERRAJOLI sentará sendas diferencias entre la Constitución política propia del modelo liberal de derecho y la Constitución jurídica, en tanto las primeras carecen de verdaderas garantías jurisdiccionales que fijan límites a los poderes públicos; de allí que para el autor italiano la Constitución jurídica sea la evolución del

³³² ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, op, cit, pp. 38-39

³³³ *Ibid.*, pp. 64-69.

³³⁴ NUÑEZ, I. (2018). *Neoconstitucionalismo y jurisdicción constitucional*, Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad de Castilla la Mancha, pp. 100-103.

positivismo jurídico al punto de positivizar verdaderos referentes axiológicos, destacando como el Neoconstitucionalismo parte de una visión meramente formalista siendo posible que existan instituciones antidemocráticas³³⁵. En todo caso, el NCL toma elementos garantistas que hacen que se tenga una estrecha relación con el neoconstitucionalismo, ya que adopta: (1) una concepción fuerte de los derechos fundamentales como límites a los poderes públicos; (2) una Constitución rígida, que no sea proclive a los cambios o mutaciones constitucionales; (3) y la adopción de un modelo de justicia constitucional fuerte con variedad de mecanismos y garantías jurisdiccionales.³³⁶

PEÑA al hablar del constitucionalismo garantista explica como este es un constitucionalismo profundamente social en el que los poderes públicos deben garantizar unas condiciones mínimas de vida a sus ciudadanos y ello, sólo es posible a través de la adopción de normas tipo regla que eviten el ámbito de discrecionalidad tanto desde el ámbito legislativo como judicial, también deja claro cómo es normal que en estas constituciones hayan principios jurídicos de las cuales se extraen otras normas y expanden el poder de la Constitución, sin embargo resulta evidente que una Constitución fuertemente rígida, normativa y garantizada jurisdiccionalmente deja sin margen de maniobra al legislador y con ello, la capacidad de autogobernarse del pueblo, aminorando los espacios de deliberación y discusión política como la posibilidad de mayor interferencia de los jueces en las políticas públicas estatales, por lo que el garantismo entienda la necesidad de que la Constitución deba contar con espacios democráticos pero limitados:³³⁷

“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

³³⁵ FERRAJOLI, L. (2011). “El constitucionalismo garantista. Entre paoleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, en *Doxa*, 34, p. 318-326

³³⁶ NAVAS, M. (2013). “La justicia Constitucional en el Ecuador, entre la política y el Derecho.”, *op. cit.*, p. 186.

³³⁷ PEÑA, A. (2007). “Constitucionalismo y garantismo: una relación difícil”, *op. cit.*, p. 249.

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.”³³⁸

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

Como segundo problema de una Constitución garantista, se ha señalado el carácter sectario de la carta, siendo posible que los valores mismos comprendidos en esta sean presupuestos e instrumentos para poner al servicio de un determinado grupo de personas su normatividad, pero excluyendo a otros, haciéndose imperativo el carácter ideológico con el que fue creado el texto constitucional que posibilita la supremacía de determinados principios o valores respecto de otros:

“Una constitución que blindas 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.”³³⁹

La Constitución si debe tener una ideología, sin embargo, dicha ideología deberá ser explícita o puesta en evidencia por el Constituyente, sin embargo, esta podrá modificar en cualquier momento la misma, al constituirse como poder soberano, que en últimas guiará la forma en cómo se aplica e interpreta la Constitución.

El Neoconstitucionalismo como teoría del derecho no centra su atención en la estructura propia del poder, anclando la aplicación de los derechos en las clásicas formas organizativas del Estado, ello es, a través del poder judicial. En este mismo sentido, GARGARELLA señala como las constituciones del NCL insertan una amplia gama de derechos en viejas estructuras constitucionales, como a su vez, la ausencia de criterios interpretativos en la aplicación de estos nuevos derechos o en el mejor de los casos, la asunción de criterios

³³⁸ *Ibid.*, 253.

³³⁹ *Ibid.*, 255.

interpretativos propios de otro estadio de la historia constitucional.³⁴⁰ Empero, NAVAS ALVEAR ha señalado que los principios de supremacía constitucional como distintos elementos axiológicos contenidos en las Constituciones del NCL no hacen que esta teoría de la Constitución difiere mucho del modelo dogmático del Neoconstitucionalismo.³⁴¹ Encontrándose para el autor ecuatoriano las siguientes similitudes:

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 que permite que se hable de un garantismo judicial.
3. Una visión principialística de los textos constitucionales, que implica el desarrollo de métodos no tradicionales para la disputa entre derechos constitucionales.
4. Una visión universal de los derechos, que propendan por la garantía y protección de los derechos constitucionales.³⁴²

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”.³⁴³

Conviene aclarar como la supremacía constitucional puede ser asemejada a la rigidez constitucional, no obstante, son disímiles, en tanto la primera busca la aplicación irrestricta de la Constitución, mientras que la segunda busca que los contenidos constitucionales no sean modificados mediante procedimientos simples, pero que en el NCL además se haga necesario que sean avalados por el poder constituyente.

La rigidez constitucional en el NCL estará guiada por la amplia participación democrática del pueblo, promoviendo canales de deliberación que distaran entre algunos ordenamientos jurídicos, y que además no alejara la objeción democrática por las mayorías parlamentarias exigidas y la calificación por parte de los tribunales constitucionales al momento de la reforma.³⁴⁴

³⁴⁰ GARGARELLA, R. (2015). “Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, p. 125.

³⁴¹ NAVAS ALVEAR, M. (2017). “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada socio jurídica”, en *Revista culturas jurídicas*, 4 (9), p. 5.

³⁴² *Ibid*, pp. 10- 11.

³⁴³ *Ibid*, p. 11.

³⁴⁴ ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, *op, cit*, pp. 93.

Como se vio la necesidad de constitucionalizar el ordenamiento jurídico mediante el carácter normativo de la Constitución y el principio de supremacía constitucional resultan ser elementos comunes del neo y el nuevo constitucionalismo. Es entonces, como 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.³⁴⁵ Así puede revisarse como en los sistema de control de constitucionalidad, el NCL de cierta manera entrega preponderancia a los jueces frente a los demás poderes públicos estableciendo facultades inclusive en los jueces ordinarios para la defensa de la Constitución, aunque con limitaciones interpretativas en algunos casos.³⁴⁶

Ahora entonces frente a la garantía jurisdiccional de la Constitución Kelsen aborda la misma desde la producción del derecho, entendiendo que la Constitución subordina el resto de las normas del ordenamiento jurídico.³⁴⁷ Por esta razón que solo pueda 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 que implica desde un punto de vista político el sometimiento de las actuaciones de los poderes constituidos al poder constituyente, traduciéndose en términos jurídicos en la “*subordinación del imperio de la ley a los principios, valores y reglas de la Constitución como fin ulterior de la sociedad democrática*”.³⁴⁸

GARCÍA FIGUEROA ha indicado que la constitucionalización del ordenamiento jurídico implica un cambio en el derecho mismo, modificando aspectos materiales, estructurales, normativos, funcionales y estructurales de poder.³⁴⁹ Materialmente, en tanto las nuevas

³⁴⁵ UPRIMNY, R, “Las transformaciones constitucionales en América Latina: tendencias y desafíos”.

Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/04/doctrina28469.pdf>, p. 13.

³⁴⁶ “El segundo aspecto guarda una naturaleza jurídica más marcada. Es la voluntad de las Constituciones en ser normas supremas del ordenamiento jurídico y la incorporación de mecanismos de defensa de la Constitución reforzados por las competencias que se atribuyen en materia a los jueces ordinarios, así como los numerosos mecanismos de participación y control democráticos.” En VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Constitucionalismo de transición y nuevo constitucionalismo latinoamericano” en GARCIA, Miguel, ASENSI, J, BALAGUER., F (Dir), *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1239- 1240.

³⁴⁷ Kelsen, H. (2016). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, pp. 59 y ss.

³⁴⁸ ZEBALLOS, A y CÁCERES, E. (2019). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico y del mundo de la vida social: el caso italiano y colombiano”, en *Inciso*, 21 (2), p. 167.

³⁴⁹ GARCÍA FIGUEROA, A. (2003). La teoría del derecho en tiempos de Constitucionalismo. En Carbonell, M(ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, México, pp. 164 y ss. 159-186.

constituciones emplean múltiples elementos axiológicos y morales contenidos en los diferentes principios, valores y derecho de contenido constitucional. Normativamente, en tanto se genera un cambio de paradigma al concebir las normas ya no solo como reglas, sino además como principios jurídicos, cuyo campo de interpretación es amplio. Funcionalmente, la asunción de los principios jurídicos en las nuevas constituciones ha implicado a su vez un cambio en la forma en cómo se resuelven los conflictos jurídicos, teniendo que acudir a la ponderación entre principios, dado que las estructuras clásicas de resolución de antinomias en el nuevo modelo resultan ser insuficiente. De esta forma el NCL encuentra como semejanza con el neoconstitucionalismo el carácter principialista que irradia en todo el orden jurídico, al respecto ALTERIO 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.”³⁵⁰

De lo anterior se puede dilucidar, que el modelo normativo regido primordialmente por principios conlleva que sea el poder judicial el principal protagonista en detrimento del legislador.

Para GUASTINI la constitucionalización del derecho implica una Constitución que condiciona los espacios políticos, jurídicos y sociales, pero cuya constitucionalización no será una atribución de naturaleza cualitativa, sino más bien de cuantitativa, indicando como un ordenamiento jurídico puede estar más o menos constitucionalizada, por ello enuncia como elementos de la Constitucionalización de los ordenamientos jurídicos: la necesidad de una Constitución rígida que diferencia los procesos legislativos de los constitucionales, al punto de inclusive tratar algunos preceptos como “inmutables”; la garantía jurisdiccional de constitución, que exige que existan mecanismos judiciales para la defensa de la Constitución; que la Constitución tenga fuerza vinculante; la sobreinterpretación de la Constitución de la cual se extraigan multiplicidad de normas que impide la existencia de vacíos jurídicos, encontrándose cada norma del ordenamiento jurídico regulada por la Constitución; la aplicación directa de las normas constitucionales, que son aplicadas en cualquier momento por el juez cuando la ley resulte insuficiente para regular el caso; la interpretación conforme

³⁵⁰ ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, op, cit, p. 38- 39.

las leyes, que se refiere en sí mismo a una técnica de interpretación que evite la contradicción entre la norma suprema y la Ley; y finalmente, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.³⁵¹

La fenomenología del NCL, resulta estar anclada en ordenamientos jurídicos fuertemente constitucionalizados, que ha llevado a una fuerte conexión con la teoría de la interpretación y aplicación del derecho conforme el canon neoconstitucionalista, para garantizar el carácter normativo de la Constitución y como su supremacía frente a las demás normas del orden jurídico.

Las constituciones del NCL resultan ser constituciones rígidas que diferencian los procedimientos de creación de las leyes de aquellos que reforman la Constitución, pero que además trascienden en la visión política de poder constituyente que separa y limita la reforma respecto de los poderes constituidos, tratándose de una rigidez “material” en que la reforma deberá ser avalada por el propio poder soberano.³⁵² No obstante, a pesar de que desde el punto de vista procedimental el NCL resultan ser constituciones rígidas, desde el aspecto material sí existirán sendas diferencias de grado, siendo la Constitución Colombiana la menos rígida, la Ecuatoriana teniendo una postura intermedia- alta y la venezolana y boliviana las más rígidas al exigir que las reformas constitucionales sólo pueden ser avaladas por el pueblo.

Frente a la *garantía jurisdiccional de la Constitución*, el NCL presenta una amplia variedad de mecanismos de control de constitucionalidad, teniendo controles a posteriori, en concreto, en abstracto, por vía de acción, por vía de excepción y controles automáticos. Por todo lo referenciado que a diferencia de los modelos de control de constitucionalidad europeo y norteamericano, las constituciones del NCL presentan la más amplia variedad de mecanismo, traduciendo la necesidad que tenía el constituyente de proteger y defender el texto constitucional de las actuaciones de los poderes públicos.

La fuerza vinculante de la Constitución en el NCL resulta ser alta. En primer lugar, debido al modelo mixto de control de constitucionalidad adoptado casi unánimemente en estas constituciones, como además la vinculatoriedad que tienen los preceptos constitucionales,

³⁵¹ GUASTINI, R. (2003). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *op. cit.*, pp. 52-58.

³⁵² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 287.

principios, valores, garantías y derechos fundamentales para todas las autoridades públicas como inclusive para los particulares.

La sobreinterpretación constitucional en el NCL, también ha sido una constante dentro de estos ordenamientos jurídicos, acogiéndose una visión principialista de las normas constitucionales de las cuales se desprenden otras normas implícitas, generando una serie de reglas de raigambre jurisprudencial. De manera que en muchas ocasiones se ha dado una interpretación extensiva de los derechos, al punto de desconocer la misma voluntad popular. Con todo, el modelo de principios recurrentes desde el punto de vista normativo del NCL hace necesario aplicar métodos de interpretación acordes a los mismos, dado el carácter abstracto y vago de los principios, además de tener en cuenta los derechos fundamentales como criterios de interpretación que guían todas las actuaciones públicas.³⁵³

Ahora entonces, el NCL y su relación con la interpretación conforme la Ley presenta una variedad de tipología de sentencias que buscan la adecuación de la Ley a la Constitución política, que profesan un respeto por las decisiones del poder legislativo y que tienen la finalidad de conservar el ordenamiento jurídico vigente indemne, por lo que la Corte Constitucional adecua la norma a la interpretación que resulte acorde con la Constitución Política,³⁵⁴ teniendo como fundamentos el carácter normativo de la Constitución, el principio de efectividad y de conservación del derecho.³⁵⁵ Para tomar como ejemplo en el caso colombiano OLANO³⁵⁶ menciona cómo la CCC ha aplicado técnicas de modulación tradicional, como también es constante ver sentencias que manipulan el contenido mismo de la norma pregonando que el control de constitucionalidad no siempre encierra la función de “legislador negativo”, sino implica verdaderas acciones positivas,³⁵⁷ que se diversifican en

³⁵³ ZEBALLOS, A, y CÁCERES, E. (2019). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico y del mundo de la vida social: el caso italiano y colombiano”, *op, cit*, p. 175.

³⁵⁴ MARTÍNEZ, A. (2000). “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes. La experiencia colombiana”, en *Revista de Estudios Socio-JURÍDICOS*, 2 (1), p. 15

³⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 325 de 2009.

³⁵⁶ OLANO, H. (2004). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, en *Vniversitas*, 53 (108), pp. 576-582.

³⁵⁷ GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, en FABRA, J y SPECTOR, E (Ed), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 2080.

interpretativas condicionales,³⁵⁸ integradoras o aditivas,³⁵⁹ sustitutivas³⁶⁰ y apelativas o exhortativas.³⁶¹

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 y ordinarios.³⁶² Una muestra de este elemento de la Constitucionalización del derecho en Colombia será lo dicho por la CCC frente a la excepción de inconstitucionalidad como facultad que tienen los jueces ordinarios en la aplicación directa de la Constitución, cuya aplicación de la norma constitucional en la que paradójicamente inaplicó 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 pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una 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

³⁵⁸ “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.” En MARTÍNEZ, A. (2000). “Tipos de sentencias de control constitucional de las leyes...”, *op. cit.*, p. 13.

³⁵⁹ “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, sentencia C- 325 de 2009.

³⁶⁰ “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) ha definido este tipo de sentencia como: “(...) aquellas sentencias en cuya parte resolutive 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”, en “la interpretación de la Constitución”, p. 2082.

³⁶¹ “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 un nuevo texto acorde a la Constitución. Puede o no fijarse plazo preciso al respecto.”, En SAGÜES, N. (2006). “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios constitucionales*, 4 (2), p. 193.

³⁶² VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Constitucionalismo de transición y nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 1239.

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.”³⁶³

En igual sentido, PAZMIÑO ha preceptuado como el modelo mixto de control de constitucionalidad con tendencia a ser concentrado, ha entregado facultades constitucionales a los jueces ordinarios, lo que permite la constitucionalización del ordenamiento jurídico, fungiendo estos como actores primigenios en la defensa de los derechos constitucionales,³⁶⁴ y trayendo una especial cercanía de la justicia constitucional al ciudadano que muchas veces los modelos concentrados no consiguen.

La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, las constituciones del NCL ostentan fuertes controles a la discrecionalidad política del legislador, tratándose la acción legislativa, de una acción que propiamente puede afectar directamente la Constitución por ser contraria a la misma. En este sentido, al ser las Constituciones del NCL, cartas políticas eminentemente principialistas han tenido los jueces que optar por modelos neoconstitucionalistas para la resolución de conflictos como lo son 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. En efecto, todos estos elementos implican una interpretación de la Constitución que no es neutral y que por el contrario cuenta con elementos propios, que inclusive al 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 supraleales, 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

³⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU- 132 de 2013.

³⁶⁴ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 43.

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.”³⁶⁵

De esta manera, la constitucionalización del ordenamiento jurídico implica la afectación directa que tiene los principios y reglas constitucionales en la vida en sociedad, destacándose como la sobre interpretación de la Constitución será uno de los ejes fundamentales, en tanto tendrá una capacidad invasora que condiciona las relaciones políticas, jurídicas y sociales.³⁶⁶

No cabe duda, entonces que pese a las ya citadas diferencias entre neo y el NCL, la constitucionalización del ordenamiento jurídico³⁶⁷ como un efecto de la Constitución normativa y la supremacía de la Constitución será un elemento común entre ambas concepciones, pero sin perder de vista que la constitucionalización del ordenamiento jurídico en el NCL viene precedida de un axioma democrático.³⁶⁸ Lo anterior, demuestra que existen puntos de encuentro entre el neoconstitucionalismo y el NCL empero este último incorpora elementos propios de las dinámicas sociales latinoamericanas.³⁶⁹ En ese orden de ideas, que el neoconstitucionalismo sea fruto de amplios estudios en teoría del derecho que buscaban responder a las nuevas dinámicas de las constituciones de postguerra, mientras que el NCL resultar ser un fenómeno que nace desde las reivindicaciones populares en aras de suprimir las amplias brechas de desigualdad y discriminación de las sociedades latinoamericana, por esto que todavía sea una teoría que este en construcción doctrinal y que se nutre de cada nueva experiencia constituyente,³⁷⁰ siendo definido como un constitucionalismo “rupturista, experimental, contradictorio, transformador”,³⁷¹ que busca generar soluciones a las

³⁶⁵ ZEBALLOS, A y CÁCERES, E. (2019). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico y del mundo de la vida social: el caso italiano y colombiano”, *op, cit*, p. 177.

³⁶⁶ VILLABELLA, C. (2014). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿un nuevo paradigma?*, Grupo Editorial Mariel, Instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, p. 60.

³⁶⁷ BENAVIDEZ, J. (2016). “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y proceso constituyentes en la región andina”, *En Ius Humani Revista de Derecho*, 5, p. 176.

³⁶⁸ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, p. 19.

³⁶⁹ VILLABELLA, C. (2017). “El constitucionalismo contemporáneo de América latina. Breve estudio comparado”, *op, cit*, p. 954.

³⁷⁰ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *op, cit*, p. 7

³⁷¹ En este mismo sentido, se 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 interacción 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

problemáticas sociales ya no desde las visiones eurocéntricas, sino con ideas propias apegadas su propio contexto, pero que de cualquier manera resulta ser una teoría en constante evolución con puntos de contradicción, no asumidos o ya predispuestos, como lo es la interpretación de la Constitución. No obstante, surge como principal contradicción del NCL:

“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.”³⁷²

VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU señalan que las constituciones del NCL son constituciones eminentemente principialistas:

“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 sociedad plurinacionales no obsta para que los principios clásicos convivan en nuevas fórmulas, simbióticas que debe ser consideradas como verdaderas innovaciones del constitucionalismo”³⁷³.

En consecuencia, ese especial componente principialista de los textos del NCL desemboca en elemento conflictivista y complejo. Conflictivo porque la coexistencia de principios dentro de estos textos implique escenarios de confrontación de derechos que tenga efectos adversos frente a uno de ellos, y, complejos por lo contradictorios que resultan ser estos principios en muchos casos, incluso con las dinámicas propias del Estado constitucional.³⁷⁴

discriminación positiva y acciones afirmativas; apuestan por un modelo jurídico intercultural que se erige sobre la plurinacionalidad, sobre la pluriétnicidad 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.”, VILLABELLA, C. (2017). “El constitucionalismo contemporáneo de América latina. Breve estudio comparado”, *op. cit.*, pp. 954- 955.

³⁷² BENAVIDEZ, J. (2016). “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y proceso constituyentes en la región andina”, *op. cit.*, p. 177.

³⁷³ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 29.

³⁷⁴ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 50.

El NC termina siendo una teoría del poder que privilegia las actuaciones del poder judicial sobre las demás ramas del poder público, generando desbalances en términos democráticos que podrían desconocer la soberanía en manos del pueblo.³⁷⁵

Mientras que el NCL se erige como una teoría de la Constitución que recupera la visión democrática de las Constituciones, pero que formalmente se asemeja a las teorías neoconstitucionalistas en la asunción del principio de la supremacía del texto constitucional como elemento propio del Estado constitucional,³⁷⁶ 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 de la constitución, la necesidad de un método de interpretación específico para la Constitución por ser la norma suprema del ordenamiento jurídico que apele a especiales componentes políticos,³⁷⁷ haciendo imperioso 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.”³⁷⁸

No cabe duda de que el neoconstitucionalismo como teoría del derecho tiene sendos efectos en la teoría de la Constitución del NCL en lo que tiene que ver con la aplicación de las normas constitucionales, sin embargo, el NCL encierra otros aspectos como los son las relaciones de poder que se dan en el seno de la Constitución.³⁷⁹

De esta forma podríamos decir que en el NCL existen elementos necesarios propios del NCL que se articulan con la ontología del NCL y cuentan con sustento expreso en los textos políticos pero también existen elementos contingentes que proviene más de la cultura jurídica

³⁷⁵ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.”, *op. cit.*, p. 71

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 75

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 77-78

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 78

³⁷⁹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2015). “Análisis crítico del derecho constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 54.

y tienen una incidencia directa en la interpretación de la Constitución debido a las estructuras normativas del NCL y su ausencia de límites interpretativos. Así, la justicia constitucional del NCL asume múltiples elementos de las teorías neoconstitucionalistas, situación que se hace extrapolable a la interpretación constitucional, definiendo los principales aspectos críticos de esta teoría que intervienen en la forma como se interpreta la Constitución.³⁸⁰

Así las cosas como elementos necesarios del NCL que retoman la ontología del poder constituyente encontramos: (1) los amplios catálogos de derechos, (2) una visión amplia de los derechos humanos; mientras que como elementos contingentes del NCL a raíz de la asunción de la cultura jurídica del NC encontramos (3) la sobre interpretación de la Constitución, (3) la preponderancia de los principios sobre las reglas, (4) la ponderación como método de solución de conflictos entre principios, (5) una visión fuerte del precedente jurisprudencial.

1.4.2.1. Elementos necesarios y contingentes del NCL: ¿una confluencia de elementos normativos con el neoconstitucionalismo?

RIVERA señala como elementos comunes del NCL y el Neoconstitucionalismo la adopción de un amplio catálogo de derechos mediante una Constitución escrita y rígida que contempla múltiples derechos acompañada de múltiples mecanismos de protección constitucional.³⁸¹ Sin embargo, el NCL se diferencia del Neoconstitucionalismo centra su atención en la legitimidad democrática con que surge la Constitución lo que a su vez incorpora un alto grado de originalidad de sus contenidos, una complejidad simbólica a lo largo de sus textos y una pronunciada rigidez constitucional a fin de garantizar el dominio del poder soberano sobre los demás poderes constituidos.³⁸² De este modo, el NCL plantea un marco democrático que propone grandes transformaciones políticas y sociales que buscan romper el horizonte capitalista, colonial, liberal y patriarcal de las constitucionales fundacionales.³⁸³

Con todo, el NCL toma elementos del neoconstitucionalismo para reforzar la justiciabilidad de los derechos mediante la concretización de los derechos constitucionales desarrollando

³⁸⁰ SALAZAR, P. (2011). “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente...”, *op, cit*, pp. 290- 291.

³⁸¹ RIVERA, S. (2022). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, luces en sus principios, sombras en su aplicación orgánica”, *op, cit*, p. 56.

³⁸² *Ibid*, p. 58.

³⁸³ *Idem*.

una lista detallada para su aplicación como a su vez el refuerzo del juez constitucional como interprete y aplicador de la Constitución para corregir los abusos de los poderes políticos.³⁸⁴ El NCL como el Neoconstitucionalismo parte del carácter imperativo de la Constitución a partir de la apuesta del juez constitucional como principal garante de los contenidos constitucionales.³⁸⁵ A continuación se revisaran algunos elementos necesarios y contingentes del NCL.

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

Como elemento formal de las constituciones del NCL son textos políticos extensos que en sí mismo representan su complejidad teniendo como finalidad superar el nominalismo de épocas anteriores, y por el contrario, estima necesario dejar plasmada con máxima claridad la voluntad del poder constituyente que impida la modificación o subversión del texto por parte de los poderes constituidos. Así la extensión de estos textos es visto desde una doble vía: como amplificación de los derechos de los ciudadanos y la limitación a los poderes constituidos, lo cual garantiza la voluntad constituyente. Además de ello, la extensión de los textos constitucionales conlleva una suerte de complejidad que permita la transición de la sociedad a unas mejores condiciones de vida³⁸⁶. ALTERIO señala:

“Así mismo, 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.”³⁸⁷

De manera general, las Constituciones del NCL prevén amplios listados de derechos que resultan ser una respuesta al constitucionalismo liberal nominalista clásico “que no se preocupaba ni por la individualización ni por la colectivización de los mismos”.³⁸⁸ Además, busca extender y hacer preciso el mandato del poder constituyente a los demás poderes

³⁸⁴ MATEOS, J. (2021). “Luces y sombras del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde una perspectiva neoconstitucionalista”, en *Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 24 (3), p. 432.

³⁸⁵ *Ibid*, p. 433.

³⁸⁶ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, pp. 30-31.

³⁸⁷ ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, *op, cit*, p. 103.

³⁸⁸ BELLOSO, N. (2015). “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?, *op, cit*, p. 28.

públicos para el desarrollo del texto constitucional, con lo que se trate de constituciones principialistas pero normativas, entendiendo los múltiples medios y mecanismos para el desarrollo de los derechos constitucionales.³⁸⁹

Aunado a ello, las constituciones del NCL se encuentran plagadas de elementos simbólicos que tiene una especial función política tratando de textos que tiene vocación de ser innovadores que ha intentado articular los espacios de participación del pueblo en el momento post-constituyente para la mejoría de las condiciones de vida de los ciudadanos como la legitimación de los ámbitos de actuación de los poderes constituidos.³⁹⁰ Lo anterior acompañado de un amplio catálogo de principios constitucionales y normas con especiales componentes axiológicos.³⁹¹

Así mismo, las constituciones del NCL por su amplitud y extensión terminan siendo textos constitucionales “reglamentarios” en razón a 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.”³⁹²

Así de lo dicho, se puede señalar como se trata de constituciones de carácter garantista, en tanto busca dar aplicación a todos los contenidos constitucionales; transformador; dado que busca generar un cambio a la realidad social que viven los pueblos latinoamericanos; emancipatoria, en tanto buscan generar condiciones de igualdad frente aquellas comunidades excluidas históricamente.

Por ello, al hablar de estos textos constitucionales también se habla de una capacidad innovadora, emancipatoria respecto de los pueblos subordinados históricamente, revolucionaria, programática, pluralista y social, convirtiéndose en constituciones dirigentes

³⁸⁹ ERREJÓN, I. (2013). “Constituciones de transición y transformación del Estado en los procesos de cambio”, en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 122, pp. 95- 96.

³⁹⁰ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *op, cit*, p. 16.

³⁹¹ VILLABELLA, C. (2014). *Nuevo Constitucionalismo latinoamericano ¿un nuevo paradigma?*, *op, cit*, p. 67.

³⁹² NOGUERA, A, y CRIADO, M. (2011). “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 13 (1), p. 30

por los variados fines que persigue pero que, a su vez, resultan por su carácter amplio y abierto promueve la deliberación entre los ciudadanos y los órganos de poder.³⁹³ Empero, la amplitud de derechos contenidos en los textos constitucionales conlleva el peligro de ser derechos meramente nominales, empero esta situación es corregida mediante la atribución de verdadera fuerza normativa de la Constitución por parte del poder constituyente.³⁹⁴

Desde una posición escéptica, Roberto GARGARELLA señala como las constituciones del NCL se encuentra formadas por una parte dogmática y una parte orgánica, en la que primera parte representa la novedad en el constitucionalismo latinoamericano, pero en que en su segunda parte conservan las clásicas formas organizativas del poder, caracterizando estas constituciones por ser hostiles a los derechos.³⁹⁵ Al respecto indica el autor argentino:

“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.”³⁹⁶

Así mismo resulta ser más explícito:

“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”³⁹⁷.

Pese a lo anterior, la parte dogmática de las constituciones del NCL representó una revolución en derechos, incluyendo derechos a poblaciones históricamente marginadas,

³⁹³ SOUSA, F y STRECK, L. (2014). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, p. 126- 138.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 137.

³⁹⁵ GARGARELLA, R. (2015). “Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano””, op, cit, p. 115- 116.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 172.

³⁹⁷ GARGARELLA, R. (2013). “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Anacronismo e irrupción: Revista de teoría y filosofía política clásica y moderno*, 3 (4), p. 255.

incorporando disposiciones propias de declaraciones de derechos humanos y ampliando el margen de participación democrática del pueblo, lo que debería traducirse en mayores controles a los poderes públicos y la toma de decisiones directamente por el pueblo.³⁹⁸ De allí, que el NCL se presente como un modelo teórico de amplios derechos fundamentales y sociales³⁹⁹ De la misma manera, estas constituciones han incorporado una amplia gama de derechos fundamentales, sociales e inclusive colectivos, lo que permite un abanico extenso de derechos constitucionales que son objeto de ser garantizados por los poderes públicos.⁴⁰⁰

En crítica a la extensión de los textos constitucionales del NCL, SALAZAR refiere que se tratan de constituciones que no ofrecen condiciones de certeza y seguridad jurídica debido a que sus preceptos admiten múltiples interpretaciones, por ello que diga que se tratan de textos complejos, ambiguos y contradictorios que promueven sendas disputas hacia el futuro, aumentando los conflictos sociales dentro de una sociedad, entregando un amplio margen de discrecionalidad a los poderes públicos y siendo estos los intérpretes directos de la Constitución.⁴⁰¹ Al final termina señalado:

“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.”⁴⁰²

Así mismo, la crítica se encuentra dirigida a la mezcla de culturas y tradiciones jurídicas que toman los postulados constitucionales incompatibles de por sí, que además ante una vasta extensión de derechos susceptibles de distintas significaciones e interpretaciones pueden dificultar su aplicación.⁴⁰³

³⁹⁸ GARGARELLA, R. (2015). “Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Uruguaya de ciencia política*, 27 (1), p. 115- 116.

³⁹⁹ PALACIOS, F. (2008). “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*.”, En AVILA, Ramiro, GRIVALJA, A y MARTÍNEZ DALMAU, R (Coord), Corte Constitucional de Ecuador, p. 53.

⁴⁰⁰ UPRIMNY, R, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, *op, cit*, p. 4.

⁴⁰¹ SALAZAR, P. (2013). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)”, *op, cit*, p. 365.

⁴⁰² *Idem*.

⁴⁰³ SALAZAR, P. (2009). “El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista”, *op, cit*, pp. 187- 188

Es de considerar que la extensión de derechos de los textos del NCL no terminan causando un régimen de ineffectividad o incumplimiento que las convierten en constituciones imposibles como dice SALAZAR, y ello no es así, básicamente por el amplio catálogo de acciones jurisdiccionales con que cuentan los derechos constitucionales en el NCL. No obstante, donde el autor sí tiene razón, es en el carácter indeterminado y principal que tienen los preceptos constitucionales, generando amplios espacios decisionales para los jueces, situación que se verá agravada ante la ausencia de límites interpretativos por los mismos 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 resultan ser absolutos por las constantes interacciones que se puedan dar entre estos, poniendo en contradicción su aplicación.⁴⁰⁴

Vale indicar que de 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 de los textos constitucionales fundacionales.⁴⁰⁵ Por ello, el NCL y su carácter rupturista representa un origen constitucional que se activan a través de las movilizaciones sociales que rompen la institucionalidad vigente ante la deslegitimación del establecimiento, elemento que se asocia al carácter transitorio de estas nuevas constituciones que no son un fin, sino el inicio de la construcción de una sociedad más igualitaria, estableciendo cánones democráticos para ello.⁴⁰⁶

La amplitud de la carta de derechos de los textos constitucionales ha tenido tanto efectos positivos como negativos. En primer lugar, ha significado la reivindicación de grupos minoritarios discriminados históricamente por la sociedad; mientras que, en segundo término, la amplitud de los derechos sociales incrustados en estructuras de poder propias del constitucionalismo fundacional ha impedido una verdadera garantía y protección por parte

⁴⁰⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, en *Revista Ius.* 10 (37), p. 136

⁴⁰⁵ GARGARELLA, R y COURTIS, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes, CEPAL, Santiago, p. 21

⁴⁰⁶ “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”, en ERREJÓN, I. (2013). “Constituciones de transición y transformación del Estado en los procesos de cambio”, *op. cit.*, p. 94- 96.

de los jueces aunado a la falta de condiciones materiales para su efectividad.⁴⁰⁷ No obstante, la amplitud de derechos y extensión de las constituciones del NCL ha sido proporcional a la concentración de poder por parte de los jueces, reforzando el carácter contra mayoritario de la Constitución teniendo en cuenta su naturaleza elitista, pero a su vez no podrá desconocerse como la positivización de estos ha traído consigo su reconocimiento y aplicación más tarde que temprano.⁴⁰⁸

Desde la ontología del NCL se ha denominado ser un Constitucionalismo de transición que permite el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos desde la autoconciencia del pueblo como poder soberano,⁴⁰⁹ que hace que la Constitución mute por la decisión popular, convirtiendo el poder constituyente en un actor político permanente de naturaleza transformadora.⁴¹⁰ De esta forma, el carácter transitorio ha sido concurrente a la construcción de una conciencia social emancipatoria que busca articular una mayor legitimidad democrática para la mejora de las condiciones de vida de la sociedad. De manera que la Constitución no busca ser la terminación de la voluntad constituyente que perdure como creación última y perfecta, sino que la misma puede ser modificada por el pueblo cuando este lo demande.⁴¹¹ En palabras de MARTÍNEZ DALMAU:

“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.”⁴¹²

Es así como la noción de poder constituyente implique que las constituciones sean normas de cambio⁴¹³ desde dos enfoques: en primer lugar, desde un punto de vista formal, en tanto las constituciones pueden ser modificadas por el poder constituyente cuando este lo

⁴⁰⁷ GARGARELLA, R y COURTIS, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL-Serie de políticas sociales, 153, pp. 21-41

⁴⁰⁸ *Ibid.*, pp. 28- 32.

⁴⁰⁹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática”, en MARTÍNEZ DALMAU, R, *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 118.

⁴¹⁰ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Constitucionalismo de transición y nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 1241-1242

⁴¹¹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2009). “El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *IUS revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla A.C.*, 23, pp. 269- 270.

⁴¹² *Ibid.*, p. 270.

⁴¹³ MARTÍNEZ, (2012), “¿Que es el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”?”, *op. cit.*, p. 305.

considere necesario y desde un punto de vista material, como normas con capacidad de transformar la realidad social, económica y política de un Estado.

Así este constitucionalismo resulta ser consecuente con un modelo en principio de carácter complejo y conflictivista, que denota una amplitud de fines y valores que permiten al pueblo alcanzar sus objetivos desde los medios institucionales. Por todo, que las constituciones del NCL hayan sido creadas para superar las condiciones de ingobernabilidad, y en esa medida, poder satisfacer las demandas de la sociedad como la capacidad de que el sistema político reaccione a las mismas.⁴¹⁴ Así las cosas, la capacidad transformadora y conflictiva la Constitución tendrá una doble visión en el NCL, tanto como Constitución normativa con las características ya revisitadas, pero también como Constitución sociológica, que ataca las condiciones de injusticia que pudiese provocar los poderes públicos y que terminan constituyéndose en una contradicción a la carta política.⁴¹⁵ Es por ello, que la noción de soberanía popular y legitimidad democrática de las Constituciones del NCL tienen un efecto directo en el contenido institucional de las mismas, presentándose un desplazamiento por la necesidad de transformación social que buscan estos textos normativos.⁴¹⁶

Sin embargo, ese carácter maleable de las normas no deberá ser así para los poderes constituidos, ello guiado por la propia noción del poder constituyente. Por ello, que se pueda hablar de un amplio margen de discrecionalidad del pueblo para definir la primacía de determinado principio en un momento determinado del debate político, pero se reduzca dicho margen de discrecionalidad cuando se trata de los poderes constituidos, esta será una verdadera respuesta a la ontología del NCL.

Las constituciones han incluido amplios mecanismos de defensa que atribuyen poderes constitucionales a los jueces ordinarios, refrendando el carácter normativo y supremo del

⁴¹⁴ NOGUERA, A. (2013). “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, *op, cit*, p. 154.

⁴¹⁵ NOGUERA 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. En NOGUERA, Albert, “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, *op, cit*, p. 156.

⁴¹⁶ MARTÍNEZ DALMAU, R, (2009). “El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, p. 267.

texto constitucional ⁴¹⁷ como elementos propios del Neoconstitucionalismo, que terminan siendo comunes al NCL.

Finalmente, las constituciones del NCL son textos complejos que desarrollan una mirada fenomenológica, constructivista y crítica, en razón a que incorporan una amplia variedad de maneras y formas de organización política, social y cultural que mezcla visiones históricamente tradicionales, pero también de vanguardia, haciendo que conforme transcurra el tiempo se incorporen cada vez más elementos novedosos a las dinámicas neoliberales.⁴¹⁸

Dentro de esa misma complejidad, el NCL articula elementos propios del mundo occidental como las declaraciones universales de derechos Humanos e inclusive la positivización de normas propias del derecho internacional privado, sin embargo, no puede perderse de vista como el contenido axiológico de la Constitución permite un pluralismo jurídico como reconocimiento de los derechos de grupos y actores colectivos que representan diversidad e interculturalidad dentro de un mismo escenario político, tratándose de Constituciones con amplios contenidos filosóficos, sociológicos y culturales que no son propios de la cultura occidental y que revalidan las clásicas teorías del derecho.⁴¹⁹ En efecto, la ontología de las Constituciones del NCL llevan a cuestionar aquellas concepciones que defienden el poder estatal como única fuente de producción del derecho, abriendo la posibilidad de que en un mismo espacio coexisten varios sistemas jurídicos, en virtud de la capacidad emancipadora del pueblo que legitima su propia producción normativa.⁴²⁰

⁴¹⁷ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Constitucionalismo de transición y nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, pp. 1239- 1240.

⁴¹⁸ NAVAS, M. (2017). “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada socio jurídica”, *op, cit*, pp. 9-14.

⁴¹⁹ BELLOSO, N. (2015). “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *op, cit*, pp. 28- 30.

⁴²⁰ *Ibid.*

En ese pluralismo jurídico se puede vislumbrar una visión colectiva de la propiedad y los territorios indígenas,⁴²¹ métodos de inclusión de grupos marginados en la institucionalidad,⁴²² sistemas jurisdiccionales paralelos, pero coexistentes,⁴²³ entre otros elementos, que tienen

⁴²¹ 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 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 artículo 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 artículo 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 imprescriptible e inalienable 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 desarrollará 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.

⁴²² En el caso colombiano véase: art. 171: Habrá un número adicional de dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. En Venezuela el artículo 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.

⁴²³ 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

vocación de inclusión y emancipación de estos grupos, no obstante, lo anotado no se dará desde la igualdad formal y aparente de derechos, sino desde el reconocimiento de estos como grupos de especial protección, bajo el entendido de su particular cosmovisión.

Es por ello, que las constituciones del NCL, dada su complejidad presentan una crítica histórica a sus antecesoras, teniendo en sociedades ampliamente diversas la finalidad de cerrar las brechas sociales y económicas que producen inequidad. Por ello “*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.*”⁴²⁴ De allí, que el NCL en su visión transformadora, emancipadora, revolucionaria y rupturista nazca desde las necesidades de una sociedad más igualitaria y posea un especial componente social, que tiene como finalidad una integración de toda la sociedad, pero reconociendo su heterogeneidad⁴²⁵ y previendo mecanismos para el cierre de estas brechas, siendo utilizados mecanismos de participación democrática, cláusulas mínimas de representación, un catálogo amplio de derechos sociales y múltiples mecanismos de defensa jurisdiccional, todos estos sustentos mismos de la extensión de estos textos.

Con todo, el NCL contempla un ámbito de garantía propio de los derechos que se quieren proteger, un ámbito de participación que da un *status* al pueblo como verdadero poder político y un ámbito republicano, en la construcción de una institucionalidad que permita la transformación de la sociedad a través de la garantía de los derechos y los mecanismos de participación democrática.⁴²⁶

Es por ello, que las Constituciones del NCL reconocen lo diferentes y heterogéneas que resultan ser sus sociedades, generando condiciones de igualdad y reivindicando los derechos de aquellos grupos discriminados históricamente, pero además haciéndolos parte de su

mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”. En Bolivia el artículo 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.

⁴²⁴ NAVAS, M. (2016). “La base fundacional en la Constitución: Propuestas para comprender el modelo de Estado Constitucional ecuatoriano”, *op. cit.*, p. 19.

⁴²⁵ VON BOGDANDY, A. (2015). “Tus Constitutionale commune en América Latina”, *op. cit.*, p. 9.

⁴²⁶ NAVAS, M. (2013). “La justicia constitucional en el Ecuador entre la política y el derecho”, *op. cit.*, pp. 196-197.

estructura orgánica.⁴²⁷ Es así, que 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, como a su vez eliminar las brechas de desigualdad existentes desde la colonia,⁴²⁸ dado que “más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir”.⁴²⁹ 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 permite las Constituciones, la estipulación de múltiples mecanismos de participación populares como su diseño republicano y la garantía de la supremacía constitucional terminan convirtiendo estos textos en normas complejas.⁴³⁰

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

Las constituciones del NCL en una idea de constitucionalismo común, revalorizan y dan una 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 nacionales⁴³¹. Por ello, la garantía de los derechos humanos tiene una función instrumental en tanto busca crear condiciones de igualdad social y política como una visión democrática en estos Estados desde la defensa irrestricta hacia los derechos humanos.⁴³²

⁴²⁷ UPRIMNY 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*.”, *op, cit*, p. 3.

⁴²⁸ *Ibid.*, pp. 12- 13.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 12.

⁴³⁰ SALVADOR, A. (2022). “Políticas públicas y control de convencionalidad”, en *Foro revista de derecho*, 38, p. 93

⁴³¹ SOUSA, F y STRECK, L. (2014). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano...”, *op, cit*, pp. 133- 134.

⁴³² VON BOGDANDY, A. (2015). “Ius Constitutionale commune en América Latina”, *op, cit*, p. 3.

El NCL para incorporar los derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos ha hecho uso de la noción de bloque de constitucionalidad como elemento transformador- transformado, ya que a su conceptualización y origen primigenio no preveía la incorporación de normas supranacionales,⁴³³ en la visión Latinoamericana innovadora su 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 conceptúa como *“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”*.⁴³⁴

GARGARELLA señala cómo 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, inclusive al punto de tratarse de derechos de jerarquía constitucional o supralegal,⁴³⁵ punto en el que se conceptuaría sobre la noción de bloque de constitucionalidad. Por otro lado, señala el autor argentino como la amplitud de estas constituciones respecto de sus derechos contenidos no resultar ser iguales de novedosos en las formas en cómo se organiza el poder, constituyéndose en un óbice para la garantía plena de los mismos, dado que no han sido acompañados de verdaderas condiciones materiales para su efectividad.⁴³⁶

De la misma forma UPRIMNY 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 además han aplicado cláusulas de remisión que constitucionaliza esta clase de instrumentos internacionales como también se

⁴³³“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.” en VON BOGDANDY, A. (2015). “Ius Constitutionale Commune en América latina”, *op. cit.*, pp. 29- 30.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁴³⁵ GARGARELLA, R. (2018). “Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 116.

⁴³⁶ Véase GARGARELLA, R. (2018). “Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, p. 117; GARGARELLA, R. (2013). “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 251.

ha pregonado por una visión no restrictiva de los derechos humanos, pudiendo tener fuerza vinculante incluso aquellos que no tienen sustento directo en la Constitución. De la misma manera, ha sido una constante la apertura constitucional a las normas de derecho internacional de derechos humanos, haciendo aplicables estas al contexto nacional mediante la figura del bloque de constitucionalidad.⁴³⁷ Del mismo modo, se han contemplado cláusulas de reconocimiento de derechos, como relaciones de dependencia e invisibilidad de estos, sean de contenido nacional o internacional y la aplicación de criterios de interpretación de carácter internacional, siendo una constante en el NCL la ratificación de múltiples instrumentos de derecho internacional que propugnan por la defensa de los derechos constitucionales, dándose una situación de reforzamiento normativo.⁴³⁸

Así las cosas, en gran medida el NCL acoge una visión monista del derecho internacional de los derechos humanos pero sin la subordinación del derecho interno frente al primero,⁴³⁹ revalidando aquella posición de jerarquía normativa respecto del derecho nacional y anclando un sistema de coordinación entre normas (nacionales e internacionales) o una teoría integradora que defiende la complementariedad del derecho internacional y el nacional,⁴⁴⁰ en aras de favorecer los derechos de los ciudadanos mediante la aplicación directa de las normas que versan sobre derechos humanos.⁴⁴¹ Por ende, el derecho internacional sirve para reforzar los derechos constitucionales contenidos en el texto matriz, fungiendo como un límite a los poderes públicos, en tanto incorpora obligaciones para los poderes ejecutivo y legislativo que robustecen el carácter objetivo de los derechos constitucionales, convirtiéndose estos en verdaderas garantías que los jueces deben tener en cuenta y proteger en sus decisiones.⁴⁴²

La acepción de “derechos constitucionales” en las constituciones del NCL entiende que se trata de los derechos consagrados expresamente en las Constituciones pero también aquellos

⁴³⁷ UPRIMNY, R. “Las Transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, *op, cit*, p. 5

⁴³⁸ NOGUERA, A. (2010). “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”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 87, p. 124- 125.

⁴³⁹ KELSEN, H. (2009). *Teoría pura del Derecho*, *op, cit*, pp. 50 y ss.

⁴⁴⁰ CABRERA, Lizandro, “El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia”, en *DIXI*, Vol. 16, N.º 19, p. 59 y ss. Al respecto indica el autor: “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.”

⁴⁴¹ NOGUERA, A. (2010). “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”, *op, cit*, p. 129.

⁴⁴² *Ibid*, pp. 130- 131.

consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos como también aquellos que resulten ser inherentes al ser humano, sin que su consagración expresa termine negando la aplicación de estos, ya que pese no estar enunciados directamente en la Constitución si encuentran una estrecha relación con los componentes axiológicos del texto constitucional, reiterando esa especial condición emancipatoria de la Constitución que conlleva la amplificación de estos derechos como prerrogativas populares.⁴⁴³

No cabe duda de que la constitucionalización del derecho internacional y su prevalencia sobre el orden interno resulta ser una de las principales características del NCL, generando una nueva apreciación del sistema de fuentes para que los tratados y convenciones de derechos humanos tengan el rango de normas constitucionales a través de la noción de bloque de constitucionalidad. Desde esta visión, las constituciones del NCL superan la visión dualista del derecho internacional que necesariamente debía ser refrendado por el parlamento para su incorporación y con ello, tener la fuerza normativa de la Ley que no podía ser de rango constitucional en virtud del principio de soberanía nacional. Con todo, que el constituyente con la superación de esta teoría y la constitucionalización del derecho internacional ofrece una vía irrestricta 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 se expresa como nuevas formas de interacción en el ordenamiento jurídico que convierten las normas relativas a derechos humanos en verdaderos referentes hermenéuticos que deben ser reintegrados a los sistemas constitucionales, obligándose a los operadores jurídicos nacionales a aplicar en sus decisiones no solo las normas de carácter nacional sino aquellos referentes internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad.⁴⁴⁴

TREMOLADA explica entonces como las constituciones del NCL tienen un verdadero compromiso integrador a través del derecho internacional con el fin de ser un reflejo de la voluntad popular que se diluye en todo el ordenamiento jurídico a fin de transformar una sociedad con altos niveles de desigualdad.⁴⁴⁵ De este modo, el NCL otorga una especial

⁴⁴³ BREWER- CARIAS, A. (2017). “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, República Dominicana, Santo Domingo, p. 5- 6.

⁴⁴⁴ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articulares del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.*, pp. 34- 37.

⁴⁴⁵ TREMOLADA, E. (2016). “La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos”, en *IUS Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 10 (37), pp. 117-118

primacía al derecho internacional bajo formulas participativas y democráticas para su integración al orden interno,⁴⁴⁶ con claros avances en algunos modelos constitucionales pero bajo un común denominador como lo es integrar el derecho internacional bajo formulas que subordinadas a la voluntad popular.⁴⁴⁷

Ahora bien, frente a la interpretación de la Constitución el NCL ha tenido una apertura al derecho internacional desde la concepción o noción de bloque de constitucionalidad y la cláusula innominada de derechos constitucionales, que permite la integración de cualquier derecho inherente al ser humano al texto supremo. De allí, que las críticas tendientes a derruir la legitimidad de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos por ser contraria a la noción de poder constituyente como poder soberano y el carácter antidemocrático de su jerarquía normativa dado su supremacía a partir de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*,⁴⁴⁸ como la defensa de la norma de derecho internacional público⁴⁴⁹, termina siendo articulada en el NCL bajo una cláusula creada por el propio constituyente que legitima la protección de los derechos constitucionales a través del refuerzo del derecho internacional de los derechos humanos.

Con todo el NCL ha construido una serie de criterios de interpretación de la Constitución democrática a partir del derecho y los tratados internacionales de derechos humanos en donde se incorporan métodos propios de tribunales internacionales a los sistemas locales de justicia, aplicando incluso criterios de aplicación directa de los derechos internacionales en el orden interno como criterios de prevalencia de las disposiciones internacionales sobre las nacionales.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ *Ibid*; se puede poner como ejemplo el artículo 257.2 de la Constitución Boliviana.

⁴⁴⁷ MARTÍNEZ DALMAU, R y TREMOLADA, E. (2014). “integración latinoamericana: democracia y cláusulas de apertura en el nuevo constitucionalismo”, en Tremolada, E. *Los procesos de integración como factor de paz*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 123- 127.

⁴⁴⁸ 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.”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, p. 136

⁴⁴⁹ SAGÜES 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.”, en SAGÜES, N. (2011). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios constitucionales*, 8 (1), p. 120.

⁴⁵⁰ TREMOLADA, E. (2016). “La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: Una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos”, *op. cit*, pp. 122-127

La noción de bloque de constitucionalidad tiene una estrecha relación con ese carácter transformador funciona en una lógica del presente hacia el futuro del NCL, así pese al carácter histórico de la Constitución, se hace imprescindible concebir normas que respondan a las nuevas dinámicas sociales, económicas y políticas, permitiendo la actualización del ordenamiento jurídico mediante disposiciones tendientes a una mayor protección de los derechos que permitan superar las causas en las que se da momento constituyente. Es como el derecho internacional tiene una función de actualización del ordenamiento jurídico a una realidad⁴⁵¹ presente que no era perceptible en el momento constituyente y que evitan el desuso de la carta política.

En este punto, el bloque de constitucionalidad en el NCL y su fuerza normativa dentro de cada sistema constitucional tendrá variaciones, presentándose en algunos sistemas una integración de los derechos humanos a la categoría de derechos constitucionales y en otras ocasiones, como derechos con mayor jerarquía a la Ley, pero de 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 que se encuentren expresamente positivizados en el texto constitucional sino igualmente aquellos que derivan de la aplicación de las normas de derecho internacional, entendiendo como 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.⁴⁵² En cambio, la noción de bloque de constitucionalidad contemplada en el artículo 93⁴⁵³ de la carta política colombiana resulta ser clara frente a las dos facetas normativas que tiene el derechos internacional en el orden interno: aquellos derechos contemplados en instrumentos internacionales que resultan ser esenciales y que no pueden ser suspendidos bajo estados de excepción como aquellos expresamente reconocidos que por su naturaleza si pueden ser suspendidos y no tiene una categoría de constitucionales pero si son superiores a la Ley. Igualmente, ha sido la misma CCC la encargada de establecer que

⁴⁵¹ ESTRADA, S. (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, Editorial Universidad de Medellín, Medellín, p. 56.

⁴⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-067 de 2003.

⁴⁵³ “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.

en aras de dar aplicación a los instrumentos internacionales de derechos humanos se debe reconocer el carácter vinculante de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, como aquellos informes y recomendaciones que surjan de tratados internacionales.⁴⁵⁴ Así mismo, la CCC enuncia sobre el alcance del bloque de constitucionalidad dos modalidades: una en estricto sentido, que gozan de categoría constitucional aquellos tratados que por mandato expreso de la Constitución se integran a este texto; y en un sentido amplio que tiene una categoría superior a la Ley, pero inferior a la Constitución.⁴⁵⁵

Así mismo el constituyente de 1991, previo una cláusula innominada de derechos a fin de enunciar de manera amplia un catálogo de derechos humanos que vinculan a los poderes públicos y a los particulares a su cumplimiento, impidiendo que los poderes constituidos puedan dar un alcance restrictivo a estos derechos.⁴⁵⁶ De allí, que el artículo 94 de la Constitución contempla la conocida cláusula innominada de derechos que impide una enunciación taxativa de los derechos constitucionales y, por el contrario, permite que se integre cualquier derecho que sea inherente al ser humano. Por este motivo, no ha sido extraño que la Corte Constitucional colombiana ha reconocido derechos no contemplados en la Constitución de manera expresa⁴⁵⁷ pero que en virtud del artículo 94, estos resulten ser inalienables, inherentes y esenciales al ser humano.⁴⁵⁸

En el caso colombiano, los instrumentos internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad en sentido estricto limitan la validez de determinadas normas jurídicas de índole infraconstitucional como a su vez actúan como fuente de interpretación de los derechos constitucionales y tienen una función de integración normativa cuando no exista norma aplicable.⁴⁵⁹ Por esta situación que las normas de derecho internacional puedan ser

⁴⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-370 de 2006.

⁴⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-582 de 1999.

⁴⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 883 de 2014.

⁴⁵⁷ 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.

⁴⁵⁸ 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).

⁴⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 067 de 2003.

esgrimidas por el ciudadano ante una actuación vulneradora de los mismos por parte de los poderes públicos.

Al igual que el caso colombiano, en Venezuela la CPV de 1999 señaló un concepto de bloque de constitucionalidad para determinar la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno como una cláusula innominada de derechos que permite su protección de derechos inherentes al ser humano sin que su consagración resulte 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, como a su vez hace explícita su aplicación directa por parte de los poderes públicos.⁴⁶⁰ De la misma manera, la cláusula innominada de derechos señala que pueden existir derechos constitucionales que pese a no estar consagrados en el texto constitucional dado su carácter inherente al ser humano son susceptibles de ser aplicados.⁴⁶¹

En el caso ecuatoriano⁴⁶² por ejemplo se dan dos categorías según la norma de derecho internacional que se pretenda aplicar: en primer término, la categorización de derechos

⁴⁶⁰ “Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”. Constitución Política de Venezuela, 1999.

⁴⁶¹ “artículo 22: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.” Constitución Política de Venezuela, 1999.

⁴⁶² En la Constitución Política del Ecuador se destacan las siguientes normas que determinan la fuerza normativa del derecho internacional en el sistema interno: “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.”; “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 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

constitucionales mediante la noción de bloque de constitucionalidad de aquellos instrumentos que versen sobre derechos humanos; y en segundo término, respecto del derecho internacional convencional y tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos que resultan ser jerárquicamente superiores a la Ley pero de menor jerarquía que la Constitución.⁴⁶³

La CPB, acoge la ya citada 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, ubicando 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”⁴⁶⁴

En este sentido, los tratados internacionales de derechos humanos serán estándares de constitucionalidad para las demás normas del ordenamiento jurídico como referentes de constitucionalidad en virtud del principio de supremacía constitucional.⁴⁶⁵

Empero, dicha jerarquía resulta ser móvil dado que si las normas internacionales presentan derechos más favorables en un caso específico se aplicarán estos sobre el contenido constitucional, utilizando además un criterio de interpretación constitucional de conformidad a los instrumentos internacionales cuando prevean normas más favorables al ciudadano,⁴⁶⁶ generando una tendencia a hacer uso de “la cláusula del individuo menos favorecido, que

establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

⁴⁶³ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articulares del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op, cit*, p. 35.

⁴⁶⁴ Constitución Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 410.

⁴⁶⁵ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, art. 4.

⁴⁶⁶ Constitución Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 256.

implica se aplicará al ciudadano la normativa que amplíe en mayor medida sus derechos y garantías”.⁴⁶⁷

La fuerza normativa del derecho internacional de los derechos humanos se ha fortalecido a raíz de la noción de control de convencionalidad que ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte IDH. Con todo, El alto tribunal internacional ha indicado la obligación que tienen los Estados parte para aplicar las normas de la CADH inclusive en contra de los mismos contenidos de la Constitución,⁴⁶⁸ convirtiéndose en un control el cual deben aplicar los jueces de manera oficiosa,⁴⁶⁹ entendiendo que estos no pueden realizar un simple ejercicio de constitucionalidad a determinada norma acusada sino que también deben integrar a ese control un verdadero ejercicio de convencionalidad.⁴⁷⁰ Se ha dicho también como el control de convencionalidad se extiende a otros instrumentos internacionales de derechos humanos en aras de brindar garantía de cumplimiento a los compromisos trasnacionales adquiridos,

⁴⁶⁷ NOGUERA, A. (2010). “La jerarquía constitucional...”, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁶⁸ 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 última 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.”.

⁴⁶⁹ 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 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.

⁴⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Boyce y otros vs Barbados*.

que a su vez se convierten en mecanismos que coadyuvan el ejercicio de los derechos constitucionales de carácter nacional.⁴⁷¹

La doctrina del control de convencionalidad se convierte en la principal característica del sistema interamericano de protección de derechos humanos, que tiene componentes que coadyuvan su finalidad, esto es, la garantía del principio de supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos como de las interpretaciones que se hagan sobre la misma por parte de la Corte IDH, sobre las normas internas de los Estados parte.⁴⁷² Por ello, el control de convencionalidad gira bajo la lógica de cuatro principios: el principio de exclusión, homogeneización, supremacía y centralización del conocimiento jurídico que busca universalizar el derecho, operando un razonamiento de desechar los saberes jurídicos locales teniendo una afectación directa en la autodeterminación de los pueblos. Por eso, se ha hecho necesario a fin de diluir esa lógica expansiva de naturaleza monista emplear figuras y visiones interpretativas que concilien las tensiones entre estas jurisdicciones, esto es: (1) apelando al diálogo judicial; (2) otorgando algún margen de apreciación interna de la norma internacional; (3) la aplicación el principio pro homine; (4) posibilitando la interpretación conforme de la Constitución entre otros, que permitan un equilibrio entre la supremacía de la Constitución y la importancia de los derechos humanos en el plano interno, es decir, un equilibrio entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.⁴⁷³

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, existiendo un deber de adecuación de la normativa interna para la protección de los derechos humanos no sólo frente a la Convención sino además frente a la

⁴⁷¹ 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*,

⁴⁷² RAMOS, G. (2021). “El control de convencionalidad americano en Europa”, en *Revista electrónica iberoamericana*, 15 (1), p. 81

⁴⁷³ HUIZA, S. (2021). “Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault”, en *Revista jurídica derecho*, 10 (15), pp. 10 y ss.

misma jurisprudencia del alto tribunal internacional,⁴⁷⁴ limitándose el marco interpretativo de los jueces nacionales a lo señalado por el órgano supranacional, tesis que dista de modelos como el europeo que deja un amplio margen de apreciación del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los jueces de cada Estado miembro.⁴⁷⁵

De esta manera, ha indicado la misma Corte IDH como el control de convencionalidad no contempla un modelo ni órgano específico para su aplicación, por ello se dirá que en aras de brindar un efecto útil a los mandatos convencionales se deberá privilegiar un modelo de control difuso⁴⁷⁶ que en ocasiones puede controvertir los modelos de control de constitucionalidad internos. Pese a ello, la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados en el mismo texto constitucional dependa y tenga una especial conexión con el modelo de control de constitucionalidad acogido por cada Estado, en tanto la Constitución misma establece que órganos y autoridades judiciales aplican de forma directa la Constitución optando por ya sea un modelo concentrado, difuso o mixto, así la aplicación de una norma internacional conforme mandato constitucional por determinada autoridad puede entrar en conflicto con un modelo de control de constitucionalidad específico.⁴⁷⁷

Es por esto que algunos tribunales nacionales han diferenciado el bloque de constitucionalidad del control de convencionalidad, en tanto ambos persiguen fines distintos. El bloque de constitucionalidad buscará la garantía de la supremacía constitucional, asegurando la correspondencia del ordenamiento interno a la Constitución política que se

⁴⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Gelman vs Uruguay*.

⁴⁷⁵ GARCÍA, G. (2007). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración, en *Teoría y realidad constitucional*, 20, pp. 119 y ss.

⁴⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Liakat Ali vs Suriname*.

⁴⁷⁷ AÑAZCO, A y AÑAZCO, N. (2022). “Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad”, *op. cit.*, pp. 106- 107. “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 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, sentencia, C146 de 2021)

integra a su vez a los instrumentos internacionales propuestos por el constituyente; mientras que el control de convencionalidad partirá de la supremacía de la Convención, que supone que las normas nacionales estén conforme la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Además de esta objeción al control de convencionalidad desde el control de convencionalidad, se han formulado también 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; (3) la fuerza normativa relativa de las normas internas.⁴⁷⁸

Empero, quienes defienden el control de convencionalidad tendrán 4 razones para dar su aplicación sin importar elementos de naturaleza nacional que impliquen una elusión al derecho internacional, teniendo como principales ideas: (1) La fuerza normativa de la Constitución y el principio de supremacía constitucional implica que las normas de derecho internacional sean aplicables en igual medida que aquellas normas constitucionales; (2) la coherencia interna del ordenamiento jurídico, que además en las constituciones del NCL se reconoce y garantiza la aplicación y efectividad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, inclusive en detrimento de una norma constitucional en caso de que la internacional sea más favorable; (3) la necesidad de apelar al efecto útil de la norma convencional que implique la adopción de un modelo difuso y obligatorio para cada juez de un Estado parte.⁴⁷⁹

Así las cosas, pese a que la Corte Interamericana ha indicado que la normativa convencional sea aplicada a raíz del principio *pacta sunt servanda* sin importar la existencia de cláusulas constitucionales que inserten normas de derecho internacional, dichas cláusulas si resultan ser importantes para el ejercicio de los derechos convencionales en el ámbito interno, en tanto que se articulan con el mismo modelo de control de constitucionalidad señalado por el Constituyente.

⁴⁷⁸ SALVADOR, A. (2022). “Políticas públicas y control de convencionalidad”, *op, cit*, p. 89.

⁴⁷⁹ AÑAZCO, A y AÑAZCO, N. (2022). “Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad”, *op, cit*, pp. 114- 116.

Véase como desde la misma tipología de la interpretación del control de convencionalidad podrá traer contradicciones con el modelo del NCL, en tanto la interpretación en materia convencional deber 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 por ello, que se consulte a una hermenéutica evolutiva⁴⁸⁰ lo que podría a *prima facie* desconocer la voluntad popular plasmada en el texto constitucional en un determinado momento.

Esta visión del derecho internacional sin lugar a duda interfiere en la forma en cómo 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, haciéndose exigibles para los jueces y los tribunales constitucionales.⁴⁸¹

Ha sido tan amplio el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos como normas que se integran al derecho interno, que se habla de un *ius* constitucionalismo latinoamericano común regido ya no por la noción de bloque de constitucionalidad que tiene un carácter eminentemente nacional, sino por un bloque de convencionalidad que resulta ser extensible y vinculante a los ordenamiento jurídicos de América latina, que limitan el acción de los poderes públicos y amplifica los efectos de los derechos constitucionales. De esta forma, la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos a repensado el actual modelo de integración, en tanto que el bloque de convencionalidad tiene efectos supranacionales que obligan a todos los Estados parte pertenecientes al sistema regional de protección de derechos humanos, adquiriendo una vocación supranacional pero que particularmente se integra mediante la noción de bloque de constitucionalidad. Es por ello, que a raíz de la aplicación del derecho convencional las categorizaciones realizadas por el constituyente al momento de la creación constitucional resultan ser nugatorias, en tanto el tratado de derechos humanos suscrito tiene fuerza vinculante para el Estado parte a raíz del principio de *pacta sunt servanda*.⁴⁸² Sin embargo, en el ámbito interno del derecho constitucional, las normas internacionales deben ser integradas según la forma en que se establezcan en las Constituciones, sea mediante cláusulas de prohibición, declaraciones universales o adopción

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁴⁸¹ NOGUERA, A. (2010). “La jerarquía constitucional de los tratados...”, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁸² ETO, G. (2017). “La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina: el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad ¿Estamos ante un *ius* constitucionale commune latinoamericano?”, en MAC GREGOR, Eduardo, y FLORES, Rogelio, *La Constitución y sus garantías a 100 años de la Constitución de Queretano de 1917, Memoria del XI encuentro iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretano, Queretano, p. 308.

de principios nucleares.⁴⁸³ 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.”⁴⁸⁴

En los ordenamientos jurídicos del NCL se han presentado posiciones institucionales tanto favorables como desfavorables, por ejemplo, en el caso ecuatoriano la Corte Constitucional de ese país 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.⁴⁸⁵

En el caso colombiano, la Corte Constitucional señala como el ordenamiento jurídico colombiano es incompatible con la visión supranacional del control de convencionalidad en tanto se dará una mutación constitucional inaceptable, como lo es el cambio de la Corte Constitucional por la “Corte convencional”. De allí, que sea aceptable que el juez intérprete el texto constitucional de manera armónica con los instrumentos internacionales de derechos humanos integrados mediante el bloque de constitucionalidad, pero de ninguna manera pueda aplicar en sentido estricto el control de convencionalidad por ser una tesis que considera al derecho internacional como supranacional, siendo los instrumentos internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos de la Corte IDH verdaderos referentes hermenéuticos al momento de la decisión judicial. Al respecto señala la CCC 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

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 308

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 310.

⁴⁸⁵ Véase CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR sentencias: 003-14-SIN-CC, 184-18-SE-CC, 11-18-CN/19, 34-19-IN/21

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.”⁴⁸⁶

Es por esto, que 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 del bloque de constitucionalidad y en consecuencia, son referentes interpretativos en la aplicación del control de constitucionalidad.⁴⁸⁷ Esta interpretación adoptada por la CCC pone en evidencia las fuertes tensiones que existen entre el derecho internacional y el derecho nacional como la fuerza normativa del uno respecto del otro. No obstante, tiene razón el alto tribunal colombiano en indicar la imposibilidad del carácter supranacional del derecho internacional en tanto, ambas normatividades hacen explícito 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.⁴⁸⁸

El derecho internacional como ejercicio de control de convencionalidad y derecho nacional como ejercicio de control de constitucionalidad con finalidades y fundamentos diferentes: en el caso del control de convencionalidad la defensa y garantía de la convención a raíz del principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*; y el control de constitucionalidad la defensa de la Constitución como creación del pueblo como poder soberano, se hace necesario articular estas visiones. Al respecto señala HUIZA:

⁴⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-146 de 2021.

⁴⁸⁷ 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.”

⁴⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-659 de 2016.

“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 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.”⁴⁸⁹

Finalmente, el caso venezolano será renuente a la aplicación del control de convencionalidad e incluso se ataque el carácter ilegítimo del mismo por cuanto su aplicación representa una usurpación de funciones otorgadas por el pueblo a unas autoridades estatales⁴⁹⁰ apelando a la teoría del nacionalismo constitucional absoluto, en tanto cuando se presente una antinomia entre el derecho internacional y el derecho interno primarán las normas de índole nacional al punto de que la Sala constitucional del Tribunal supremo le solicitara al poder ejecutivo la denuncia de la CADH.⁴⁹¹

En cualquier caso, la idea de un constitucionalismo latinoamericano común se nutre del NCL y su apertura al derecho internacional de los derechos humanos que complementa y fortalece el sistema interno de derechos constitucionales, generando un desarrollo común en materia de derechos, pero siendo rupturista en la forma de concebir el derecho, haciéndose necesaria una visión holística del derecho nacional e internacional⁴⁹². Además de ello, se destaca como

⁴⁸⁹ HUIZA, S. (2021). “Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault”, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁹⁰ 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 inadmisibles (...). 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.”

⁴⁹¹ AYALA, C. (2010). “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999- 20099. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/7.pdf> , p. 11

⁴⁹² VON BOGDANDY, A. (2015). “Ius Constitutionale commune en América Latina”, *op. cit.*, p. 11.

el poder constituyente creó una doble garantía jurisdiccional de los derechos, en tanto contemplo la intervención de los sistemas internacionales de derecho humanos ante el posible desborde o exceso en las facultades de los poderes públicos que ocasionara una violación a los derechos humanos. Con todo, el ejercicio del control de convencionalidad no podrá ser aplicado como un ejercicio de supremacía del derecho internacional sobre el nacional, dado que el mismo rompería la propia lógica del NCL. Sin embargo, el mismo sí resulta ser complementario a las normas constitucionales creadas por el poder soberano, ya que podrán tener un efecto emancipador y transformador que propugna por las mejoras de las condiciones de vida de las personas, ello en últimas resulta ser el eje metajurídico de los procesos constituyentes.

Al respecto se acoge la postura asumida por TREMOLADA y MARTÍNEZ DALMAU, quienes señalan que en el marco de Constituciones democráticas como lo son las del NCL, los contenidos de los instrumentos de derecho internacional solo pueden ser aplicados siempre que refuercen o amplifiquen los derechos constitucionales, esto es, el derecho internacional goza de primacía solo cuando la norma constitucional por expresa voluntad del constituyente así se determine o cuando sus efectos sean brindar mayores garantías a la voluntad constituyente.⁴⁹³

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 de la Constitución, haciendo notoria la ausencia de una teoría propia del NCL al momento de interpretar la Constitución que en muchos casos desconoce la ontología misma del pueblo como poder constituyente y soberano. En este sentido, como principales problemas y dificultades que encierra el fenómeno de la constitucionalización del derecho se encuentra, la sobreinterpretación de la Constitución, la alteración del sistema de fuentes, la ponderación, elementos que desde la cultura legal interna afectan el carácter democrático de la justicia constitucional en el NCL.⁴⁹⁴

⁴⁹³ TREMOLADA, E Y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración”, en *Vniversitas*, 128, p. 407.

⁴⁹⁴ NOGUERA, A. (2013). “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, *op. cit.*, p. 171.

Así las cosas, las visiones neoconstitucionalistas abogan por un papel preponderante del juez para la aplicación de los principios sobre las reglas, dándosele una mayor fuerza normativa a los primeros sobre los segundos.

La visión garantista del NCL, indudablemente implica una cercanía al Neoconstitucionalismo en tanto otorga un papel prevalente a los jueces sobre los demás órganos del poder público para la garantía del proyecto político buscado por el constituyente, haciéndose énfasis en cómo el juez constitucional funge como un actor político debido a la forma de su elección, con un especial componente cognoscitivista o técnico de las ciencias jurídicas, generando una tensión entre ambas aristas. Así el juez constitucional gozará de un amplio margen de independencia y autonomía en aras de impedir que los demás poderes interfieran en sus decisiones.⁴⁹⁵ VICIANO y MARTINEZ DALMAU dirán frente al neoconstitucionalismo como una teoría del poder:

“(…) 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.”⁴⁹⁶

1.4.2.1.4. La sobreinterpretación de la constitución como un 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, siendo entre más indeterminada una norma

⁴⁹⁵ NAVAS ALVEAR, M. (2013). “La justicia constitucional en el Ecuador entre la política y el Derecho”, *op, cit*, p. 189.

⁴⁹⁶ VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *op, cit*, p. 71.

jurídica más la discrecionalidad del funcionario judicial al momento de interpretar la norma.⁴⁹⁷ Ante constituciones principialistas el fenómeno de la interpretación evolutiva que consultan las realidades sociales, económicas y políticas es una constante que asedia la voluntad popular al momento de la creación de la Constitución, desconociendo la voluntad constituyente a partir de interpretaciones que obvian el tenor literal de la norma. De allí, que el juez en la interpretación de corte neoconstitucional, reconoce al juez la capacidad de modificar y alterar el sentido primigenio de las normas, que trae como consecuencias interpretaciones extensivas en materia de derechos, pero a su vez engendra el peligro de interpretaciones restrictivas que contrarían la voluntad popular.

GUASTINI señala que en cualquier escenario de interpretación constitucional se da un ejercicio de sobreinterpretación que permite crear nuevas reglas que regulan las relaciones sociales y que tienen un efecto invasor en todo el ordenamiento jurídico,⁴⁹⁸ rompiendo con los esquemas clásico que conciben el texto constitucional como norma que regular la política, por el contrario, adoptan tanto formas de regular el poder público, pero a su vez establecen cartas de derechos, principios y fines que deben guiar el accionar del Estado como la aplicación directa de estos por parte de los jueces.⁴⁹⁹

La incorporación de normas con un fuerte contenido axiológico y un alto grado de abstracción ha ocasionado un amplio margen de interpretación judicial que ha sido asociado a mayores ejercicios de activismo judicial, hasta el punto de tomarse como una característica del NCL.⁵⁰⁰ No obstante, esta visión resulta ser contraria a la defensa de la voluntad soberana plasmada en la Constitución, dado que el único competente para modificar el texto constitucional de acuerdo a la ontología del poder constituyente es el poder soberano, es decir, el pueblo.

Esta visión valorativa a base de principios ha calado la idea de eliminar la separación entre derecho y moral, imponiendo que la Constitución a través de los principios jurídicos realiza una incorporación de valores morales que en caso de penumbras interpretativas hacen que

⁴⁹⁷ , L. (2016). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, en Revista Teoría y Derecho, 20, p. 68

⁴⁹⁸ GUASTINI, R. (1999). “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en GUASTINI, R, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 79

⁴⁹⁹ GUASTINI, R. (2015) “La interpretación de la Constitución”, *op, cit*, pp. 2015-2023.

⁵⁰⁰ BELLOSO, N. (2015). “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?, *op, cit*, p. 32.

el juez acuda a la moral para la resolución del caso en específico, justificando su aplicación en una moral social (objetiva) sobre una moral crítica (subjética).⁵⁰¹ No obstante, esa delgada línea entre moral social y moral crítica hace que el juez tenga un especial margen de discrecionalidad judicial, entendiendo que en cualquier caso la moral siempre será subjetiva, todo ello termina ocasionando ejercicios de activismo y cambio constitucional debido al alto nivel de discrecionalidad de la decisión judicial.⁵⁰² Desde un punto de vista político, el constitucionalismo no puede anclarse en proyectos que pregonen un objetivismo moral y, por el contrario, terminan asumiendo una naturaleza moral pluralista.⁵⁰³

En este punto, es necesario a ver énfasis en que pese a lo loables que resulten algunas doctrinas que promulga por una visión maleable del derecho que posibilita las mutaciones constitucionales en aras de adaptar el derecho a las dinámicas actuales de una sociedad y no hacerlos esclavos de las decisiones de sus antecesores, esas mutaciones no son siempre sinónimos de progresión o extensión de derechos, dado que el amplio margen de discrecionalidad en los jueces permite que éste acoja interpretaciones restrictivas en materia de derechos constitucionales, que terminará por crear una nueva regla constitucional⁵⁰⁴.

Así las cosas, esta visión neoconstitucional de la Constitución resulta ser contraria a la visión ontológica del NCL, principalmente por dos razones: en primer lugar, la capacidad- función transformadora y emancipadora de la Constitución solo puede amplificar los derechos constitucionales a fin de construir una sociedad más democrática; en segundo lugar, la propia visión del pueblo como único, absoluto e ilimitado poder constituyente que impide que cualquier poder constituido altere el sentido de la creación del poder soberano. Con todo y que los cambios constitucionales vía jurisprudencial a través de la interpretación constitucional en aras de defender la efectividad de la Constitución, olvidan el carácter restrictivo que en ocasiones tiene la interpretación.

⁵⁰¹ GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 246-247.

⁵⁰² “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.”, En GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, p. 248.

⁵⁰³ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁰⁴ 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 Marco NAVAS ALVEAR 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” en “La justicia Constitucional en el Ecuador entre la política”, *op. cit.*, p. 205.

En este sentido, un primer aspecto problemático que conlleva la sobreinterpretación de la Constitución, se encuentra arraigado en la lucha “efectividad de la Constitución” vs “garantía de la voluntad popular”, empero, dicha disyuntiva resulta ser aparente, en tanto la efectividad de la Constitución siempre deberá respetar el clamor popular plasmado en el texto constitucional. En este sentido, la interpretación constitucional que respeta el texto constitucional asegura su efectividad y la voluntad popular, por esto que la interpretación de la Constitución debe tener un especial componente democrático, que no puede ser otro que desentrañar la voluntad del poder constituyente. Referente a lo anterior, VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU han señalado como la interpretación de la Constitución resulta se la interpretación de una Ley fundamental, en donde se debe recurrir a una interpretación histórica como a criterios metajurídicos de naturaleza política que apelen a la voluntad constituyente.⁵⁰⁵

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 ya que se encuentra atado a la voluntad popular, por ende que le quede vedado al juez darle un sentido diferente al texto constitucional de lo que propuso el constituyente, ya que en caso de quererse dar una modificación al texto constitucional deberá darse mediante los cánones señalados por la propia constitucional, es decir, mediante los procedimientos democráticos pertinentes para ello.⁵⁰⁶

Tal vez en constituciones que no tienen ese especial componente democrático y no afincadas en la soberanía popular en las cuales el NC centra su atención, sea plausible la sobreinterpretación de la Constitución, pero se reitera la visión del NCL anclado en la visión del pueblo como poder soberano que crea un texto normativo con una especial connotación democrática dicha tesis no es atendible.

STRECK ha señalado como la sobreinterpretación de la Constitución tiene una relación directa con el activismo judicial, permitiendo las mutaciones constitucionales que desde el punto de vista democrático resultan ser inaceptables, ya que se convierten en verdaderos

⁵⁰⁵ VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014) “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo”, *op. cit.* pp. 79 y ss.

⁵⁰⁶ GARGARELLA, R. (2017). “La interpretación y el diálogo democrático”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 4, p. 117.

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.⁵⁰⁷ Preocupante, resulta que del carácter abierto de las normas de la Constitución se abra el espacio para que los conflictos entre derechos generen que la interpretación de la Constitución se convierta en escenarios de lucha política y del control de poder constituyente, ocasionándole inclusive la adopción de ideologías contrarias al propio texto constitucional.⁵⁰⁸

El amplio margen de interpretación constitucional ocasiona el vaciamiento del principio democrático y de separación de poderes, que desconocen el mismo Estado de Derecho y la Constitución Política, constituyéndose un retorno camuflado a los sistemas monárquicos o sustentados en la soberanía nacional, donde el poder soberano estará en manos de un pequeño grupo de jueces. En efecto, el juez constitucional no puede fungir como un mediador de los valores que se encuentran en el texto constitucional, dado que, para ello, existen otros órganos con mayor legitimidad democrática para esa función.⁵⁰⁹

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 nacional 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 garantizan los derechos; y (4) el deseo de los jueces de expandir su poder.⁵¹⁰

DE VIGO enuncia como la sobreinterpretación de la Constitución como fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha traído consigo la idea de que la Constitución resuelve todas las disputas jurídicas y con ello, la creación normativa de los jueces ha cercado la capacidad de actuación de los demás poderes públicos; el debilitamiento de la función legislativa y con ello, la representación popular, traduciéndose en una merma del espectro democrático: una especie de iuspositivismo ideológico que considera que todas

⁵⁰⁷ STRECK, L. (2014). "Poder judicial y constitucionalismo democrático", *Revista Estudios constitucionales*, 12 (2), p. 137.

⁵⁰⁸ TAMAYO, J. (2009). *Manual de hermenéutica jurídica: análisis constitucional, legal y jurisprudencial*, Biblioteca jurídica Dike, Medellín, p. 45.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, pp. 73- 74.

⁵¹⁰ FERRAJOLI, L. (2016). "Argumentación interpretativa y argumentación...", *op. cit.*, pp. 69 y ss.

las decisiones presuntamente amparadas en la Constitución resultan ser “buenas”; la desnormativización del ordenamiento jurídico y la revaluación de la capacidad regulatoria de las reglas jurídicas que han convertido al derecho, en un derecho por principios hipermoralizado.⁵¹¹

Un derecho por principios que desencadena en sobreinterpretación de la Constitución como medio de creación normativa por parte de los jueces afecta radicalmente la visión de poder constituyente como único con capacidad creadora de normas constitucionales. Por ello, una visión “panprincipiológica” propias del neoconstitucionalismo como la denomina STRECK, termina afectando el grado de autonomía y fuerza vinculante de la Constitución,⁵¹² siendo una contradicción a los fines mismos de una teoría del derecho afincada en el neoconstitucionalismo como lo es 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 con que cuenta el ordenamiento jurídico.⁵¹³

Pese a ello, la creación de derecho por parte de los jueces tiene amplias críticas desde el componente democrático con que se deben proferir las normas, aun mas las constitucionales desde el NCL. Por ello, *mutatis mutandis* la objeción democrática a la creación de derecho por parte de los jueces se sustentará desde un punto de vista funcional, procedimental y de falibilidad. Funcionalmente no se tratarán de decisiones democráticas, debido al desplazamiento de las mayorías democráticas del poder legislativo quien tiene la función de crear las normas por excelencia⁵¹⁴ y que en el caso del NCL, cuando se traten de normas constitucionales la ontología de esta teoría solo permitirá que sea el pueblo quien cree estas normas.

⁵¹¹ VIGO, R. (2012). *La Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado Constitucional de derecho*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, p. 112.

⁵¹² STRECK, L. (2014). “Poder judicial y constitucionalismo democrático...”, *op, cit*, p. 40.

⁵¹³ GARCÍA, L. (2013). ¿ideal democrático? Del activismo judicial a la Constitucionalización del derecho, en *Revista civilizar ciencias sociales y humanas*, 13(25), pp. 17-32.

⁵¹⁴ DÍAZ, R. (2015). “El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia”, *En Justicia Juris*, 11(2), p. 54.

Así mismo, la creación judicial del derecho desde un aspecto procedimental no contiene legitimidad democrática, por cuanto el pueblo no tiene una participación directa en las decisiones tomadas por los jueces,⁵¹⁵ como tampoco capacidad de anular las mismas.

Finalmente, desde la falibilidad estas pueden ser igual de falibles a cualquier otra decisión mayoritaria, por lo que las tesis que defienden la justicia constitucional como “contra-mayoritaria” desconoce la fórmula mayoritaria que se encuentran implícitas al momento de la decisión judicial, situación que algunos autores del NC intentan esconder bajo la deliberación en la toma de la decisión judicial, aunque ello no siempre se da 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 mayorí-a-minorí-a 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.”⁵¹⁶

En este punto, se reitera como para algunos autores la creación de derecho por parte de los jueces democráticamente no sea aceptable, dado el vaciamiento de las funciones de otros órganos de poder⁵¹⁷, pero desde el NCL la objeción es mayor aún por dos razones: (1) en razón a que se desconocen las funciones dadas por el constituyente a cada órgano y en sí afectaría la estructura planteada por el poder soberano y (2) el poder judicial al momento de interpretar la Constitución y crear derecho, estaría asumiendo la función de poder

⁵¹⁵ VARGAS, R. (2020). “Activismo dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad”, *Revista de la facultad de derecho*, 49, p. 7

⁵¹⁶ ZAGREBELSKY, G. (2007). “Jueces constitucionales”, En Carbonell, M. (ed), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, p. 102

⁵¹⁷ WALDRON, J. (2018)., *Contra el gobierno de los jueces...*, *op, cit*, pp. 101 y ss.

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 de control de las actuaciones de los poderes públicos.

A pesar, que el modelo de normas adoptado por el NCL en un inicio parecería contrario la ontología del NCL y la noción de poder constituyente, en tanto una visión principialista del derecho que permite la creación judicial del derecho que puede alterar el sentido de las normas constitucionales no tendría asidero constitucional.⁵¹⁸ Así la labor judicial como función cognoscitiva, se vea compelida a la búsqueda de la verdad judicial, la defensa de los derechos constitucionales y el sometimiento de los jueces al derecho, otorgando su especial papel contra mayoritario,⁵¹⁹ pero que además en el NCL se dará un sometimiento a la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. De esta forma, consideramos que la interpretación constitucional en el NCL no puede conducir a creación de derecho por parte de los jueces,⁵²⁰ que en cualquier caso al interpretar los derechos constitucionales podrán maximizar los mismos pero no crear, y ello, a través de una lógica ya anotada, y es que los amplios márgenes de interpretación y creación judicial puede traer efectos positivos en materia de extensión de derechos pero a su vez, efectos restrictivos para los mismos, por ello es necesario cuidar la voluntad popular plasmada en el texto y defender el cambio o creación normativa por parte del pueblo mediante los procedimientos establecidos para ellos. Finalmente, explica el carácter contramayoritario de la creación normativa en cabeza de los jueces:

“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.”⁵²¹

⁵¹⁸ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, 34, ..., *op. cit.*, p.43.

⁵¹⁹ FERRAJOLI, L. (2016). Argumentación interpretativa y argumentación equitativa..., *op. cit.*, pp. 81 y ss.

⁵²⁰ *Ibid.*, pp. 81 y ss.

⁵²¹ *Ibid.*, pp. 78- 79.

Por ello, que propuestas como el garantismo señalan que la función jurisdiccional resulte ser una función eminentemente cognitiva y no creativa del derecho, quedándose vedado a los jueces la facultad de crear derecho, en tanto estos se encuentra limitados por el Estado de Derecho comprendiendo el texto constitucional como creación del poder soberano al cual debe 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”*.⁵²²

De esta forma, cuando se presentan conflictos entre derechos o normas constitucionales que desemboquen en vacíos o antinomias, dichas diferencias se resolverán en el escenario de los políticos, que para FERRAJOLI será el parlamento como órgano de representación popular.⁵²³ No obstante, en 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 del derecho semántica en donde se hace necesario distinguir el enunciado normativo de la norma en sentido estricto, siendo el enunciado normativo la interconexión de palabra que permiten la construcción de una estructura lingüística, mientras que la norma es entendida como la interpretación que el juez constitucional hace del referido enunciado, siendo el juez quien defina el alcance de la norma jurídica.⁵²⁴ Esta primera idea resulta ser problemática de cara al NCL, dado que, una vez construido el texto normativo, el alcance de la norma o del derecho lo dará el juez constitucional según sus interpretaciones, lo que conlleva *per se* en una ideología 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 directa relación entre interpretación y ponderación, ya que:

⁵²² SALAZAR, P. (2011). “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente...”, *op. cit.*, p. 307.

⁵²³ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 29.

⁵²⁴ CALLE, M. (2011). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*. Editorial Temis, Bogotá, p.29.

“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).⁵²⁵

Como antecedente, es menester recalcar cómo la teoría principialística se confeccionó a raíz de las dinámicas propias del derecho constitucional de mediados de 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 como principios y reglas, siendo predominantes las primeras sobre las segundas en las nuevas constituciones, representando un cambio frente al clásico Estado de derecho donde la Ley era preponderante.⁵²⁶ Esa nueva tipología de normas implicaría a su vez una nueva forma de solucionar los conflictos entre los principios, utilizando la ponderación para la satisfacción de uno de los principios en disputa en detrimento de la aplicación del otro.⁵²⁷ Por ello, en la teoría de los principios se habla de normas con una jerarquía móvil que se construye con valores mutables, lo que implica que pueda modificarse una regla de un caso a otro, según el valor atribuido por el juez al caso en concreto, generando una suerte de particularismo que hacen imprevisibles soluciones futuras.⁵²⁸

De este modo, la ponderación implica un constante ejercicio de creación normativa por parte del juez, donde de la colisión de ambos principios se adoptará una nueva regla llamada adscripta, que será aplicable a casos posteriores cuyo eje fáctico-jurídico tenga similitudes de condiciones⁵²⁹. Nótese como la estructura misma de los principios y su carga axiología conllevan siempre ejercicios de creación judicial, dadas las elecciones jerárquicas que realiza el juez de un principio sobre otro.⁵³⁰ Así las cosas, la teoría de la ponderación ha cobrado una 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

⁵²⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “problemas actuales sobre...”, *op, cit*, p. 138.

⁵²⁶ ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 93

⁵²⁷ *Ibid.*, 94 y ss.

⁵²⁸ GUASTINI, R, “La interpretación de la Constitución”, *op, cit*, p. 255.

⁵²⁹ CALLE, M. (2011). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*, *op, cit*, pp. 182-183.

⁵³⁰ GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, *op, cit*, p. 2056.

subjetividad del operador judicial que altera el sentido de la norma constitucional según la ideología del juez. En este punto, el neoconstitucionalismo no negará lo dicho, por el contrario, pondrá 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”.⁵³¹

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

De ninguna manera el objetivo de este trabajo será abordar a profundidad el eje metodológico de la ponderación y el *test* de proporcionalidad, dado que desbordará los fines y objetivos propuestos en el mismo. Sin embargo, es necesario formular unas ideas básicas para posteriormente realizar unas críticas desde el NCL.

La ponderación como método para solucionar las disputas entre principios jurídicos, se sustenta a su vez en una relación necesaria entre principios jurídicos y el principio de proporcionalidad,⁵³² catalogando los derechos fundamentales como principios jurídicos. Por ello, el derecho por reglas a diferencia de los 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”,⁵³³ por ello que cuando se aplica una regla no surja de estas razones subyacentes⁵³⁴. Por otro lado, los principios como mandatos de optimización que se cumplen en mayor o menor medida según las circunstancias jurídicas o fácticas son resueltas mediante ejercicios de ponderación del cual siempre surgen razones subyacentes.⁵³⁵

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.⁵³⁶ Por ello, cuando se habla del subprincipio de idoneidad y de necesidad se hablará de las condiciones fácticas en las que opera el

⁵³¹ BERNAL, C. (2006). “La racionalidad de la ponderación”, En *revista española de derecho constitucional*, 26, p. 73.

⁵³² ALEX, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, En *Revista española de derecho Constitucional*, 91, pp. 19 y ss.

⁵³³ *Ibid.*, p. 12.

⁵³⁴ LOZADA, A y RICAURTE, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional*, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito, p. 46.

⁵³⁵ *Idem.*

⁵³⁶ ALEX, R. (2011)., Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *op. cit.*, pp.13 y ss.

principio, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a sus condiciones jurídicas.⁵³⁷

Conforme 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 buscará que cuando se presenten dos medios idóneos, se escoja aquel que menos afecte el otro principio en juego; y finalmente se hace necesario darle un peso específico a cada principio en dispuesta, situación que encierra un alto contenido de subjetividad en el funcionario judicial.⁵³⁸

Empero, Robert ALEXY defiende la ponderación desde dos argumentos centrales: (1) desde la teoría del derecho como iuspositivismo metodológico, en que los derechos fundamentales tienen una connotación de derechos positivos en las Constituciones políticas y derechos de contenido moral y, (2) desde una dimensión política, que en tanto es el poder constituyente quien puede definir una regla para la solución de conflictos entre principios.⁵³⁹ Sin embargo, se entra en un círculo procedimental en tanto cuando la regla es vaga o indeterminada nuevamente se debe recurrir a la ponderación, pudiendo ser inaplicadas las reglas por parte de 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.”⁵⁴⁰

⁵³⁷ ALEXY indicara: “así como pasa con el principio de idoneidad, el principio de necesidad también se refiere a la optimización relativa a las posibilidades fácticas. La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en ahorrar costos que pueden ser evitados. sin embargo, los costos devienen en inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación entonces se hace necesaria (...)” en “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *op. cit.*, pp.13 y SS.

⁵³⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016) “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 139.

⁵³⁹ ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, 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 las controversias que generan a su vez desequilibrios institucionales, de manera que Jeremy WALDRON señale:

“Pero debe reconocerse que en la medida que en una corte se aparte cada vez más de una interpretación formalista, sus decisiones se involucran, 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”⁵⁴¹

Finalmente, sobre la fórmula del peso sus principales críticos centran su atención en el contenido irracional, ya que no se hace explícito un procedimiento concreto para determinar los pesos concretos, como tampoco la forma de determinar su peso abstracto y específica como las apreciaciones empíricas, críticas que serán depuestas en que las variables se constituyen en proposiciones formadas a través de la argumentación jurídica.⁵⁴² Por ello se habla de discrecionalidad y capacidad creadora de los jueces, ya que de la ponderación se dará una regla que servirá de referentes a conflictos de derecho o normas.⁵⁴³

1.4.2.1.5.2. Críticas a la ponderación y el principio de proporcionalidad como formulas del neoconstitucionalismo.

MARTÍNEZ DALMAU citando a BERNAL PULIDO, plantea varias críticas a la ponderación, entre las cuales se destaca: la ponderación como una fórmula retórica que resulta ser indeterminada; lo inconmensurables de los objetos que se ponderan y el sacrificio de la seguridad jurídica dada la imposibilidad de prever la solución de las disputas jurídicas.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ WALDRON, J. (2008). “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, *op, cit*, pp. 25- 26.

⁵⁴² ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *op, cit*, p. 28

⁵⁴³ ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales*, *op, cit*, pp. 89 y ss.

⁵⁴⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *op, cit*, pp. 139-140.

Sin embargo, como principal crítica a la ponderación se encuentra el papel de la teoría jurídica que niegan la separación del derecho de la moral, y que cuando se asumen escenarios de ponderación dicha separación queda disuelta en la moral del intérprete, lo que genera discrepancias en hallar la respuesta moral correcta al caso planteado.⁵⁴⁵

Al igual que cuando se hablaba de la sobreinterpretación de la Constitución, la ponderación como metodología que puede ampliar los derechos constitucionales también legitima la inaplicación de una garantía o derecho constitucional,⁵⁴⁶ que termina traducéndose en una subversión a la voluntad popular. Por ello, aquéllos que ven solo una cara de la moneda de la ponderación como técnica de interpretación que amplifica los derechos constitucionales, obvian que esta técnica también puede desconocer las reglas más precisas y elementales, convirtiendo los derechos constitucionales en normas derrotables en manos de la moral y subjetividad del funcionario judicial al momento de ponderar.⁵⁴⁷ Lo anterior, agravado por la doctrina principialista que además invita a la existencia de principios no positivizados, pero implícitos que “descubre” el funcionario judicial al momento de interpretar la Constitución, pudiendo derrotar a normas constitucionales, legales o infralegales.⁵⁴⁸

Conforme el derecho por principios termina siendo un derecho a merced del subjetivismo judicial, que tiene como consecuencias la inaplicación de cualquier norma,⁵⁴⁹ olvidándose del valor de las reglas en cualquier sistema jurídico haciendo perder la naturaleza eminentemente normativa y jurídica del derecho, convirtiendo al derecho en un sistema moral y anárquico⁵⁵⁰ que no respeta el sentido atribuido por el constituyente.

GARCÍA AMADO como uno de los principales críticos de la ponderación y del derecho por principios, indica cómo este método termina impidiendo la garantía de los derechos fundamentales quedando su aplicación supeditada a la interpretación adoptada por parte de los jueces, desconociendo el carácter fundamental de la norma, siendo la ponderación un

⁵⁴⁵ GARCÍA AMADO, J. (2020). “Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza”, En *Teoría y Derecho*, 27, p. 32.

⁵⁴⁶ GARCÍA AMADO, J. (2016). “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, En *revista Iberoamericana de Derecho*, 13, p.11

⁵⁴⁷ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op, cit*, p. 36; GARCÍA AMADO, J. (2016). “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, *op, cit*, p. 14.

⁵⁴⁸ GARCÍA AMADO, J. (2016). “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, *op, cit*, p. 15.

⁵⁴⁹ ATIENZA, M y GARCÍA, J. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia, Sucre, p. 50

⁵⁵⁰ LOZADA, A y RICAURTE, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional*, *op, cit*, pp.62-63.

método para legitimar bajo el manto de la racionalidad operaciones de tipo valorativo.⁵⁵¹ En este sentido, la ponderación termina siendo un obstáculo en la garantía de la soberanía popular y con ello, el carácter normativo de la Constitución, en tanto el carácter flexible de los derechos constitucionales obstaculizan el ejercicio de estos como límites a los poderes públicos, afectando la rigidez de la Constitución desde un sentido material,⁵⁵² lo que termina desembocando en el tránsito de la soberanía del pueblo a la soberanía del poder judicial.⁵⁵³

Aunado al carácter flexible de los derechos concebidos como principios, resultar ser más grave la posibilidad de que el juez opte por la ponderación o la subsunción de manera indiscriminada, es decir, el conflicto de reglas acuda a la ponderación dados los principios implícitos contenidos en la Constitución, o la subsunción en un caso de conflictos entre principios considerando que uno de los derechos en juego no tiene tales categorías.⁵⁵⁴ Por ello, la capacidad del juez para decidir cuando se trata de una regla o un principio para someter el conflicto a un tipo de método permite que cualquier norma constitucional sea desplazada o categorizada de una u otra manera para evitar su aplicación. En cualquier caso, la ponderación por su propia esencia implica la no aplicación de un derecho constitucional.

Así la definición de una norma como principio o regla trae consigo una elusión por parte del juez a una norma constitucional, por tanto el juez acude a la ponderación para evitar la aplicación de la norma constitucional, desconociendo su sujeción al poder soberano.⁵⁵⁵

Frente a esa elusión, Juan Antonio GARCIA AMADO señala que la posibilidad de que sean los jueces quienes eligen el método para solucionar determinado conflicto normativo (principios o reglas), termina ocasionando que los estos puedan desconocer la regla más básica de contenido constitucional, llevándola al terreno de la ponderación que conlleva un sinfín de excepciones que limitan los derechos y los vuelven maleables a cualquier situación.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ GARCÍA, J. (2020). Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza. *op. cit.*, p. 33-

⁵⁵² FERRAJOLI, L. (2006). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, En *Doxa*, 29, p. 21.

⁵⁵³ GARCÍA AMADO, J. (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”, en *Derecho y sociedad*, 33, pp. 342 y ss.

⁵⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵⁵ GASCÓN, M. (2016). “Interpretación de la Constitución ¿gobierno de los jueces?”, En *Teoría y Derecho, revista de pensamiento jurídico*, 20, p. 211

⁵⁵⁶ ATIENZA, M y GARCÍA, J. (2018). *Un debate sobre la ponderación*, *op. cit.*, p. 72.

Es por lo anterior, que el autor español critique férreamente el carácter particularista de la ponderación, que a su vez permite la creación de reglas infinitas para casos posteriores, generando una suerte de inseguridad jurídica y desigualdad ante la multiplicidad de excepciones que pueden plantear los jueces a las normas.⁵⁵⁷

La idea Neoconstitucionalista lleva al desconocimiento de los más mínimos límites del Estado de Derecho, extendiendo el principio de proporcionalidad y la ponderación a cualquier escenario del ordenamiento jurídico. Por ello, el NC no podrá ser catalogado únicamente como una teoría del derecho, sino realmente una teoría del poder que entrega amplios márgenes de discrecionalidad a los jueces en detrimento de los demás poderes públicos, suspendiendo funciones normativas propias de la rama legislativa del poder público que termina siendo reemplazada por la función judicial,⁵⁵⁸ pero que 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, haciéndose necesaria la adopción de reglas para la efectividad del texto constitucional⁵⁵⁹. La ponderación de esta forma termina por relativizar los derechos constitucionales y en sí misma, la voluntad popular, estableciéndose amplios márgenes para escenarios de mutación o cambio constitucionales 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

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 77.

⁵⁵⁸ Véase en FERRAJOLI, L. (2012). “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *op. cit.*, p. 807; FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo garantista y principialista”, *op. cit.*, p. 44; VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 71

⁵⁵⁹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *op. cit.*, p 145.

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.”⁵⁶⁰

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, siendo perfectamente posible que ante una misma norma dentro de un mismo tribunal constitucional existan distintas concepciones de los derechos.

Bajo ese estado de cosas, en 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 sea lo más limitada posible, dado que son estos los primeros llamados a la garantía de la Constitución,⁵⁶¹ por esta razón es que la función de los jueces sea eminentemente cognoscitiva tendiendo a la aplicación del derecho y la normas que lo conforman que en el escenario constitucional estará dirigido a fungir como legislador negativo pero en ningún caso a crear verdaderas normas jurídicas mediante la jurisprudencia.⁵⁶²

La fórmula del Neoconstitucionalismo como teoría que busca limitar el poder paradójicamente permite la ampliación de los márgenes de discrecionalidad de los jueces al resolver un conflicto entre derechos constitucionales, que a diferencia de otros modelos apelan a una concepción cognitivista del conflicto normativo que restringe el margen de discrecionalidad de los jueces.⁵⁶³

⁵⁶⁰ STRECK, L. (2014). “Poder judicial y constitucionalismo democrático...”, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

⁵⁶¹ GARCÍA AMADO, J. (2020). “Duplica a Manuel Atienza sobre el objetivismo moral y el derecho”, *En Teoría y derecho, revista de pensamiento jurídico*, 27, p. 63

⁵⁶² FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo garantista...”, *op. cit.*, p. 50

⁵⁶³ Al respecto: “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 54. 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.” En, SALAZAR, P, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente...”, *op. cit.*, p. 306.

Finalmente, en la justicia constitucional la ponderación como ejercicio de alta discrecionalidad del juez que debilita las normas constitucionales, que se concreta en el cambio del sistema de fuentes tenga como fuente primaria la jurisprudencia de las Cortes constitucionales inclusive por encima de la misma Constitución.⁵⁶⁴

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

El Neoconstitucionalismo como teoría del derecho que conlleva al debilitamiento de las normas constitucionales a través de la ponderación que otorga un papel de creador de derecho a los jueces, incluye a su vez la modificación del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico. Esto pone en evidencia la estrecha conexión entre creación judicial del derecho y la jurisprudencia como fuente de derecho,⁵⁶⁵ valiéndose la una de la otra para los fines de la visión política del Neoconstitucionalismo.

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

Desde esta óptica, la CCC ha señalado como 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 que señala: “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.”.

⁵⁶⁴ FERRAJOLI, L. (2016) “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa...”, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 79.

En Venezuela, la SCTSJV le otorga fuerza vinculante al precedente jurisprudencial a raíz de la competencia atribuida por el constituyente de ser el máximo intérprete del texto constitucional haciéndose extensible a las demás salas del tribunal supremo, pero 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 resulta otorgar la competencia a la sala constitucional para definir cuándo una interpretación es acorde o no a la constitución.⁵⁶⁶

En el caso ecuatoriano, la CPE de 2008 no trajo solamente un sistema tendiente a proteger los derechos constitucionales, sino además establecido un sistema de precedentes vinculantes dada la especialidad de estos fallos que posteriormente sería reforzado en la LOGJCC, que ha ocasionado que la Corte Constitucional de Ecuador se erija como el órgano encargado de desarrollar los derechos constitucionales.⁵⁶⁷

De cualquier forma, la CCE señala el que carácter vinculante de su jurisprudencia deviene de ser el intérprete y final de la Constitución que conlleva que sea este órgano el encargo de cerrar y definir las disputas constitucionales, para brindar condiciones de igualdad a los usuarios de la administración de justicia⁵⁶⁸. Así se haga necesario, que exista una coherencia en los parámetros de constitucionalidad que van a regir en decisiones futuras, ocasionando un análisis desde la forma de Estado adoptada por el constituyente, necesario en el Estado Constitucional de Derecho un sistema de fuentes que privilegie la jurisprudencia constitucional, ubicándose al mismo nivel de la Constitución.⁵⁶⁹

Así mismo, ante las dudas que pudiese generar el carácter vinculante del precedente respecto de algunas acciones constitucionales en específico, el art. 436 establece que dicho carácter vinculante se da frente a cualquier acción constitucional, adoptando en igual sentido las reglas norteamericanas frente a los precedentes, utilizando el sistema de *stare decisis*. De la jurisprudencia de la CCE es interesante recalcar dos conceptos:

⁵⁶⁶ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1687-180603-03-0183%20.htm>

⁵⁶⁷ BENAVIDEZ, J. (2021). “Carácter y alcance del cambio de precedente constitucional en las sentencias manipulativas”, Universidad Andina Simón Bolívar, pp. 35- 36.

⁵⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, No. 001-16- PJO-CC, caso No. 0530-10-JP del 22 de marzo de 2016.

⁵⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 191-16- SEP-CC, caso No. 2139-11-EP.

1. La aplicación del precedente se da de forma subsuntiva a casos similares, lo cual limita el escenario interpretativo del juez constitucional a casos posteriores mediante la obligatoriedad del precedente horizontal.⁵⁷⁰
2. El carácter relativo del precedente en razón a la aplicación de los elementos de distinción y reversión, siendo el primero, el apartamiento de la regla presente por razones motivadas que generan una excepción a la regla; y definiendo el segundo, como la negativa a mantener una decisión judicial que no es progresiva frente a los derechos de los ciudadanos.⁵⁷¹

En Bolivia, el desarrollo del precedente jurisprudencial obligatorio será desarrollado de manera pretoriana, haciendo vinculante las decisiones del TCPB a través del principio de cosa juzgada señalado en el art. 205 constitucional como la naturaleza de intérprete auténtico sustituto de la Constitución por parte del poder soberano, posición que sería refrendada por el art. 8 de la Ley del TCP,⁵⁷² distinguiendo los efectos *erga omnes* de la sentencia contemplados en la parte resolutive de la misma y el efecto vinculante sometido en la *ratio decidendi* de la sentencia.

La Constitución como texto normativo indeterminado y con cierto grado de abstracción, que posibilita la sobreinterpretación de la Constitución, serán el argumento por el que las tesis neoconstitucionalistas dirán que el texto constitucional tiene la vocación de regular cualquier situación social por medio de la interpretación, con la capacidad de intervención del juez cuando la Ley sea ambigua o se den soluciones que no sean justas.⁵⁷³ De modo que el precedente toma especial trascendencia en la forma en cómo se interpreta la Constitución y la fuerza vinculante que tiene esa interpretación, situación que altera la estructura institucional adoptada por el Constituyente de 1991. Al respecto dirá la CCC en 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

⁵⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 109-11-IS, Caso No. 109-11-IS, del 26 de agosto del 2020.

⁵⁷¹ Ibid.

⁵⁷² “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.” Artículo 28 núm. 15. Constitución Política de Bolivia, 2009.

⁵⁷³ BERNAL PULIDO, C. (2007). Refutación y defensa del neoconstitucionalismo, En CARBONELL, M. (ed)., Teoría del Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, pp. 292- 293.

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 legítima 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 desconocimiento del mismo y por violación al principio de igualdad.”⁵⁷⁴

No cabe duda, que el principio de garantía de la supremacía constitucional permitió que las teorías neoconstitucionalistas tomaron especial relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, aumentándole los controles y límites desde el poder judicial hacia los demás poderes públicos, donde el juez constitucional ya no solo funge como un legislador negativo sino además como un verdadero creador de derecho.⁵⁷⁵

Sin embargo, esa capacidad de creación de derecho debe ser acompañada con la fuerza vinculante del precedente y la asunción de la jurisprudencia como fuente de derecho, dándose una mutación del sistema de fuentes contemplado en el artículo 230 de la Constitución. Es por ello, que desde el tenor literal de la norma, los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley, en el que una primigenia postura de la CCC diría que no se podrá hablar del “imperio de la Ley” en un sentido meramente formal, sino desde un sentido material que comprenda los principios, valores y reglas contenidos en el texto de la Constitución.⁵⁷⁶ Es así, como la Corte Constitucional empieza a desarrollar un vasto listado de sentencias donde les otorga el valor vinculante a los precedentes judiciales y el carácter primario a la jurisprudencia como fuente de derecho que obliga no solo a los jueces sino a todas las autoridades públicas y privadas, teniendo como principal razón en que son los jueces 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

⁵⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-482 de 2011.

⁵⁷⁵ BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op. cit., pp. 85 y ss.

⁵⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias C-486 de 1993 y C-836 de 2001.

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.”⁵⁷⁷

Pese a los debates internos dentro del seno de la CCC al momento de definir a la jurisprudencia como fuente primaria de derecho, la postura final fuese la de confirmar la obligatoriedad del precedente, declarando la inconstitucionalidad de la Ley estatutaria que elimina la mutación creada por la CCC del artículo 230 constitucional. Carlos BERNAL defenderá la posición asumida por la CCC en tanto indica que la Constitución para que sea efectiva y se garantice su operatividad se debe dar valor vinculante al precedente con el fin de determinar constitucionalmente que acciones se encuentran prescritas o permitidas,⁵⁷⁸ justificando 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 autoatribución de poder mayor que la que un órgano jurisdiccional se hace a sí 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.”⁵⁷⁹

ALEXY por ejemplo señala que el fundamento de los usos del precedente se sustenta en el principio de universalidad que implica un trato igual entre los ciudadanos,⁵⁸⁰ en tanto se hace necesario que los tribunales de justicia fallen de manera análoga situaciones fáctico-jurídicas similares.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-292 de 2006.

⁵⁷⁸ BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op. cit., p.155

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 155

⁵⁸⁰ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación*, Trad. ATIENZA, Manuel y Espejo, Isabel, Centro de estudios constitucionales, Madrid, p. 262.

⁵⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-047 de 1999.

De esta forma, para la CCC el desconocimiento del precedente deslegitima la labor judicial como la vulneración de derechos constitucionales consagrados en el texto constitucional, dándosele el mismo valor normativo de la Constitución al precedente. Pese a lo loable del argumento, si genera dificultades entender como es el mismo 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 el carácter de fuente primaria de derecho a la jurisprudencia, por lo que 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 que niega su carácter vinculante en la vulneración de la independencia y autonomía funcional de los jueces.⁵⁸² Esta tesis tendrá 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 el concepto de independencia judicial no influenciada por otros poderes o intereses fuera del sistema.⁵⁸³

Otro obstáculo que surge a la jurisprudencia como fuente primaria del derecho que se hace extensible a todos los ordenamientos jurídicos del NCL, es el carácter disperso de la conformación judicial,⁵⁸⁴ existiendo jurisdicciones independientes, las unas de las otras, que niegan el carácter superior de la jurisdicción constitucional sobre las demás. Por esto, la doctrina y jurisprudencia hayan indicado que existe una verdadera superioridad de los tribunales constitucionales al ser estos los intérpretes auténticos de la Constitución⁵⁸⁵. Sin embargo, no hay que olvidar como los sistemas de control de constitucionalidad, con sus excepciones, resultan ser mixtos entregando a todos los jueces la responsabilidad de proteger y garantizar los contenidos constitucionales.

⁵⁸² JULIO, A. (2003). “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, en *Anuario de Derecho constitucional, Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, p. 25

⁵⁸³ BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op, cit, pp. 204 y ss.

⁵⁸⁴ En el caso Ecuatoriano la Constitución Política de 2008 señala que la jurisprudencia de la Corte Nacional y la Corte Constitucional es vinculante

⁵⁸⁵ BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op, cit, p. 218.

Ahora entonces, la posición optimista de la fuerza vinculante del precedente suele ser criticada en razón al carácter flexible que necesita el ordenamiento jurídico para la consecuencia de la justicia material, haciéndose necesario la posibilidad de variación de la jurisprudencia so pena de petrificarse⁵⁸⁶. Empero, la visión del NC defiende el carácter vinculante de la jurisprudencia desde la propia visión semántica que ostenta del derecho, en donde será el intérprete quien da el alcance de la norma jurídica, desde su propia conexión semántica y no desde la autoridad de este.⁵⁸⁷

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 *distinguish* 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 que resultan ser caóticos y que cada vez más permiten la modificación de la voluntad popular a través de la interpretación de los jueces. Además, lleva a pensar en el carácter autoritario que en sí mismo conlleva el precedente, como también la legitimación de la discrecionalidad judicial, aunado a la ausencia de controles a las decisiones judiciales como la ausencia de elementos democráticos que impiden la alteración de la norma constitucional.

No cabe duda, que el Neoconstitucionalismo como teoría adversa al positivismo legalista, pregona por una visión antiformalista del derecho, que necesita de la jurisprudencia como fuente primaria del derecho en el engranaje de los jueces como poder predominante en la lógica neoconstitucional.

Ahora entonces desde un aspecto político, el respeto y fuerza vinculante del precedente implica a su vez un límite a los poderes públicos al desarrollar sus funciones normativas, en tanto la interpretación dada por las altas cortes, generan verdaderas normas que se integran al ordenamiento jurídico y serán referentes normativos para la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de las normas proferidas con posterioridad, según se desarrolle un control concreto o abstracto de constitucionalidad. Lo anterior, se ha traducido en ocasiones a que el mismo poder legislativo tome la jurisprudencia para elaborar determinadas normas

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 216.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 124.

jurídicas,⁵⁸⁸ desapareciendo la línea que separa las funciones de un poder del otro y convirtiendo al poder judicial en un poder limitado. FERRAJOLI a 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.”⁵⁸⁹

Otro de los argumentos en favor del carácter vinculante de la jurisprudencia que han traído las reformas procesales es la economía procesal en los trámites judiciales, haciendo 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 función judicial, que implica que no se verifiquen de manera estricta las condiciones jurídico- fácticas de cada caso en 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.⁵⁹⁰ Por ello, FERRAJOLI 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.⁵⁹¹

Como otra crítica al precedente judicial vinculante, este no sólo puede ofrecer seguridad jurídica en tanto quienes defienden su carácter vinculante exponen como también puede ser modificado mediante formular subjetivas que no entregan fiabilidad a quienes acuden a la jurisdicción. Por esto, Carlos BERNAL PULIDO señala como el precedente se encuentra

⁵⁸⁸ 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 legislador 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 artículo 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)

⁵⁸⁹ FERRAJOLI, L. (2016C). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁹⁰ TARUFFO, M. (2012). “El precedente judicial en los sistemas del civil law”, en *Revista Ius Et Veritas*, 45, pp.88-95.

⁵⁹¹ FERRAJOLI, L. (2016). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *op. cit.*, p. 80

en constantes tensiones con otros principios que plantean un margen de discrecionalidad judicial⁵⁹². Nótese como el precedente y la jurisprudencia como mecanismos que permiten la seguridad jurídica e igualdad, resultan ser insuficientes a tales cometidos, dado 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 subregla creada por el mismo tribunal, tesis que ha tomado CCC haciendo flexibles los derechos constitucionales como sus posiciones jurisprudenciales. De este modo, la ponderación y 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.”⁵⁹³

Empero, la situación del precedente y la jurisprudencia es más crítica cuando se piensa el poder judicial no sólo como legislador positivo a través de la fuerza vinculante de sus fallos, sino como verdadero poder constituyente. GARCÍA AMADO señala que el amplio espectro de valores contenidos en las constituciones permiten 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.⁵⁹⁴ En esta medida una interpretación sin unos mínimos límites permite que sean los jueces quienes determinen el contenido de las normas constitucionales, que pueden llevar 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:

⁵⁹² BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p 163 y ss.

⁵⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 1034 de 2003.

⁵⁹⁴ GARCÍA AMADO, J. (2009).” Controles descontrolados y precedentes sin precedente: a propósito de la sentencia del tribunal constitucional del Perú en el expediente N° 3741-2004-AA/TC”, *op, cit*, pp. 346 y ss.

“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.”⁵⁹⁵

Ahora entonces, 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”.⁵⁹⁶ Por esto el juez sea 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 lo que este tribunal interpreta, que lleva a que el desconocimiento del precedente significa el mismo desconocimiento del texto constitucional.⁵⁹⁷

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 jurisprudencial⁵⁹⁸ se haga 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, que se traduce a su vez, en la reducción del margen de discrecionalidad de las decisiones judiciales bajo mecanismos establecidos por el mismo poder constituyente, el cual dote de legitimidad democrática las decisiones de los jueces. Finalmente, conviene señalar que en los apartes siguientes, que se hablara de interpretación constitucional en sentido estricto, que no podrá equipararse al género de interpretación jurídica en el Estado constitucional, donde

⁵⁹⁵ *Ibid.*, P. 348.

⁵⁹⁶ ATIENZA, M y GARCÍA, J. (2018). *Un debate sobre la ponderación*, *op. cit.*, p. 86

⁵⁹⁷ La Corte Constitucional Colombiana se ha decantado por darle el carácter vinculante a la jurisprudencia revisar sentencias: T-137 de 2003, T-250 de 2002, t-1091 de 2002, T-1022 de 2012. C-580 de 2002, T-340 de 2002- T-1343 de 2001, T-450 de 2001.

⁵⁹⁸ FERRAJOLI, L. (2016). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *op. cit.*, p. 79.

objeto, sujetos de interpretación, actividad, oportunidad, resultado y calidad tendrán especiales connotaciones.⁵⁹⁹

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 en sí mismo encierra el tema. En el NCL el tema cobrará más relevancia aún, dado que como se ha visto estas constituciones resultan ser extensas, ambiguas, vagas, principialísticas, complejas, entre otras más características, haciendo que surjan las disputas entre criterios de interpretación originalistas y evolutivas como también límites al ejercicio interpretativo. Así, pese a que las constituciones del NCL incorporen múltiples componentes que buscan superar las críticas democráticas al constitucionalismo, no puede perderse de vista de que en el Estado Constitucional el juez sigue teniendo un especial poder dadas sus amplias facultades en el ejercicio del control de constitucionalidad y su faceta interpretativa, al respecto CHÁVEZ hará énfasis en ello:

“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.”⁶⁰⁰

De cualquier forma, en el NCL la interpretación de la Constitución termina por ser la interpretación de una Constitución democrática que hace que la voluntad del poder soberano no pueda ser interpretada de la misma forma en que se interpreta una norma proferida por

⁵⁹⁹ AGUILO, J. (2012). “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *DOXA cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, p. 236.

⁶⁰⁰ CHÁVEZ, J. (2021) *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno*, Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de doctor en Estudios avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, p. 373.

los poderes constituidos,⁶⁰¹ es decir, la noción misma de poder constituyente que diferencia este poder como único, absoluto y soberano exige que esas mismas diferencias entre poder constituyente y poder constituido se hagan extensibles a la interpretación de un texto proferido y/o creado por uno u otro poder, haciéndose política y jurídicamente inadmisibles desde una visión material del poder constituyente construcciones doctrinales que equiparen la interpretación de una norma constitucional de una infra constitucional.

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

MARTÍNEZ DALMAU destaca como la interpretación de la Constitución democrática resulta ser muy diferente al texto legal o a constituciones que no han sido creadas bajo escenarios democráticos, en tanto frente a estas dos últimas, es posible consultar la voluntad generadora del texto constitucional, mientras que en las constituciones democráticas se hace necesario que el mismo constituyente adopte unos medios o formas para desentrañar la voluntad popular inserta en el texto constitucional, pero también se hace imprescindible que el mismo constituyente delegue a un intérprete “sustitutivo” para dicha labor⁶⁰², idea que rompe con las comprensiones que discuten del intérprete auténtico sin tener en cuenta la existencia de un único poder constituyente capaz de alterar el orden constitucional,⁶⁰³ situación que hace necesario que las teorías de la interpretación se adecuen a la visión material de poder constituyente que se plasma en el NCL.

En igual medida, la interpretación de la constitución democrática debe consultar elementos metajurídicos propios de la voluntad constituyente como la práctica de un criterio de interpretación sistemático/contextual, haciéndose especial énfasis en la distinción entre la Constitución democrática como obra del pueblo como poder soberano y cualquier otro texto normativo que es creado por los poderes constituidos. Reiterándole la imposibilidad de asimilar la interpretación de la Constitución democrática de la Constitución no

⁶⁰¹ VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁰² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática”, *op. cit.*, p. 438.

⁶⁰³ GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, en FABRA, J y SPECTOR, E (Ed), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de investigaciones jurídicas, México D.F p. 2062. “Por otro lado, una cosa es el poder constituyente, y otra cosa es el poder de enmienda constitucional. El poder constituyente es un poder ordinario, *extra ordinem*, mientras que el poder de enmienda es un poder constituido, derivado”. Lo anterior denota que la concepción de poder constituyente dista de la visión materia de la misma que acoge el NCL.

democrática,⁶⁰⁴ como también la aplicación de técnicas de interpretación evolutiva, ya que le es vedado a los poderes constituidos alterar la voluntad del poder soberano que aboga, en tanto que en caso de hacerse necesario un cambio en la Constitución el único legitimado para ello, es el mismo pueblo,⁶⁰⁵ dándose por superados conceptos como los de poder constituyente derivado o delegado.⁶⁰⁶

De la exposición de las teorías descriptivas y prescriptivas de la interpretación ha llevado a que se plantean como principales puntos de discusión: (1) las discusiones entre doctrinas originalistas y evolucionistas del derecho; (2) discusiones entre doctrinas literalistas e intencionalistas.⁶⁰⁷

Frente a estas discusiones a la doctrina de la interpretación evolutiva, se ha sustentado en dos principales argumentos: (1) el carácter abierto de los derechos constitucionales, que además se podría acompañar con la estructura eminentemente principialistas de las mismas y (2) la necesidad de evolución del ordenamiento jurídico.⁶⁰⁸ Así las cosas, a pesar de que en términos racionales la interpretación evolutiva tenga un fin loable, también es cierto que se corre el riesgo de la usurpación de funciones del constituyente que le de autoridad *“para definir y redefinir la constitución”*.⁶⁰⁹ Al respecto:

“La concepción del árbol vivió 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.”⁶¹⁰

⁶⁰⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *op, cit*, p. 131

⁶⁰⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática”, *op, cit*, p. 441- 442.

⁶⁰⁶ SCHMITT esta teoría igualmente ha sido utilizada por la Corte Constitucional de Colombia al realizar el ejercicio de control de constitucionalidad sobre actos reformativos de la Constitución véase sentencias:

⁶⁰⁷ GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, *op, cit*, p. 2017.

⁶⁰⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *op, cit*, p. 134

⁶⁰⁹ WALDRON, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces...*, *op, cit*, pp. 149 y ss.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 149.

De esta manera, la interpretación de la Constitución democrática elimina aquellas visiones evolutivas de tajo, ya que la misma deberá ser sometida al tenor literal de la norma que a su vez requiere tener en cuenta la voluntad del poder constituyente. De allí que cualquier cambio o actualización constitucional deba ser planteado desde el mismo pueblo como poder soberano, siendo necesario hablar de una constitución rígida para los poderes constituidos, pero flexible al poder constituyente como ya se ha dicho en este trabajo⁶¹¹. Al respecto MARTÍNEZ DALMAU dirá:

“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 sería 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.”⁶¹²

Se hace evidente entonces el peligro de una interpretación evolutiva que aparejada a elementos de la cultura jurídica del NC insertos en el NCL como lo es la sobreinterpretación, la ponderación y la fuerza del precedente judicial, terminan siendo bases que hacen posible a 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 permiten la resignificación de los contenidos constitucionales,⁶¹³ valiéndose de arquitecturas constitucionales sin ningún tipo de controles o contrapesos a la función judicial convirtiéndose la auto restricción o autolimitación como el único control a sus facultades.

Con todo y que se diga que los tribunales constitucionales como guardianes de la materialidad de la Constitución deban apelar a mecanismos de cambio constitucional informal para hacer prevalecer la Constitución,⁶¹⁴ este enfoque no consultara la perspectiva material del poder constituyente. De allí, que interpretaciones evolutivas como escenarios de cambio y mutación constitucional no sean acordes al NCL.

⁶¹¹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “Que es el nuevo constitucionalismo, entrevista”, *op, cit.*, pp. 303- 304.

⁶¹² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales de la interpretación...”, *op, cit.*, p. 163.

⁶¹³ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, en *Revista Direitos sociais e políticas públicas*, 9 (3), p. 787.

⁶¹⁴ FRANCO, D. (2017) “Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente”, *op, cit.*, p. 4

De esta manera, la ausencia de controles a la función jurisdiccional presume una función política de los tribunales constitucionales, pero que de facto se equipara al poder constituyente, en tanto poder judicial y poder constituyente cuentan con un único límite que es su propia autolimitación.⁶¹⁵ Por ello, quienes pregonan por 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. Por ello es de considerar que las interpretaciones evolutivas son una interferencia indebida a 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 pero también ontológica.

En este punto vale retomar como el tipo de interpretación que se adopte- evolutiva u originalista-⁶¹⁶, tendrá una directa relación con la visión que se tenga del poder constituyente, es decir, en aquellas que aceptan o niegan su existencia. Es como aquellas tesis negativas niegan el carácter contingente del poder constituyente, limitando su margen de acción únicamente al momento de la creación constitucional y promuevan la necesidad de adoptar ejes interpretativos de naturaleza evolutiva a 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 buscando a su vez perpetuar un régimen jurídico, siendo evidentemente contradictorio con la noción material de poder constituyente. Por otra parte,

⁶¹⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente...”, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

⁶¹⁶ GARGARELLA ha señalado otras variantes del *originalismo* 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 originalismo* que se basa en “las intenciones originales de los redactores y sustituirla por una versión parcialmente diferente del originalismo 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 varía con el tiempo y que los jueces, en consecuencia, deben interpretar su contenido”; El *originalismo vivo* que entiende que el originalismo 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 interprete se aplicara una u otra teoría “la base del originalismo 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 interpretativas: el intérprete estaría autorizado entonces para determinar las consecuencias que tiene los principios y las normas en los casos en concreto”, en GARGARELLA, R. (2017) “La interpretación y el dialogo democrático”, en pp. 180 y SS.

las dimensiones positivas del poder constituyente en las que se ancla el NCL, debe responder a una interpretación de carácter originalista que mantenga incólume la creación constitucional, perdurando la legitimidad del texto no solo al momento de su creación sino en toda su vigencia, convirtiéndose en un límite a los poderes constituidos.⁶¹⁷

De todos modos, existen doctrinas que han pregonado la interpretación del texto constitucional como la aplicación de la norma que tiene una naturaleza creativa,⁶¹⁸ dándose un traslado de la normatividad de la Constitución a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Además de ello, una visión teleológica de la Constitución nunca impedirá que la Constitución quede en desuso porque la ontología misma del NCL es 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 le quedaría vedado al juez la creación de derecho, ya que ello no es democrático, contrariando la visión democrática del texto constitucional, además de los peligros que representan. Así las cosas, la interpretación como creación judicial por parte del juez conlleva que la función judicial se acerque a dinámicas propias de otros órganos de poder, que en la interpretación de la Constitución representa la usurpación del poder constituyente capaz de alterar cualquier sentido lógico a las disposiciones creadas por el pueblo, contradiciendo la dinámica propia del poder constituyente.

Por todo, la asunción de límites a la interpretación que realizan los jueces a la Constitución define el carácter político o no de estas, quedando como variable los límites externos que conduzcan al juez constitucional a determinada solución entre varias hipótesis a elegir.⁶¹⁹ 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

⁶¹⁷ FUENZALIDA, P. (2005). “Poder constituyente e interpretación constitucional: originalismo v/s funcionalismo”, en *Revista Derecho y Humanidades*, 11, pp. 296- 299.

⁶¹⁸ Véase VIGO, R. (2004). *Interpretación constitucional*, 2 ed, editorial Alberedot Perrot, Buenos Aires, p. 19. GUASTINI, R. (1999). “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, *op. cit.*

⁶¹⁹ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 40.

que permita con su aplicación que el acto de decisión libre se convierta en una decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas.”⁶²⁰

Es como todo poder constituido subordinado a la voluntad constituyente debe ser limitado⁶²¹ sustento base del constitucionalismo, de allí que la interpretación de los tribunales sin controles algunos represente un peligro al pueblo y la no fijación de límites por el pueblo termine siendo una medida en contra de este.

Esta visión positiva del poder constituyente, hace que se considere como un poder permanente con capacidad de intervenir cuando fuese necesario un cambio constitucional. Esta visión conlleva: (1) el refuerzo 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 el margen de acción de los poderes públicos, dada la capacidad del poder constituyente de interferir en cualquier momento.⁶²²

Empero, surge la pregunta ¿Cómo articular esa visión de poder constituyente como poder permanente? Así desde nuestra opinión sea 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,⁶²³ desmitificando la necesidad de interpretaciones evolutivas para impedir la petrificación de la Constitución. Pero también, incorporando el control de constitucionalidad a las actuaciones de sus representantes, a fin de mantener intacta la voluntad constituyente.⁶²⁴ Desde esta visión se eliminaría de tajo aquellas doctrinas evolutivas o funcionalistas de la interpretación constitucional, que no consulta la ontología del NCL y que de una u otra manera, fue pensado

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 41

⁶²¹ Al respecto se explica como la limitación viene de efectivos controles a determinadas funciones: “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 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” en ARAGÓN, M. (1996). “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional”, en *Revista española de derecho constitucional*, 6 (8), p. 95

⁶²² *Ibid.*, p. 299

⁶²³ BÖCKENFÖRDE, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 170-172.

⁶²⁴ ACKERMAN, B. (1999). *La política del diálogo liberal*, Editorial Gedisa, Barcelona.

así por los constituyentes latinoamericanos.⁶²⁵ Por esta razón, se explica como en escenarios constitucionales de poco reformismo o bajo niveles de participación democrática para la generación de nuevos saberes constitucionales, se posibilita mayores márgenes de discrecionalidad a los jueces para la adaptación de las normas constitucionales a nuevos significados que inicialmente el poder soberano no concibió,⁶²⁶ correspondiendo a una estrategia de los poderes constituidos por limitar los ámbitos democráticos de participación y amplificar sus poderes que terminen en usurpación de la calidad de constituyente.

El fundamento del originalismo se articula entonces con el principio de soberanía popular como además forma de limitar la discrecionalidad judicial por eso pese a que se califiquen estas doctrinas como “conservadoras”, en realidad lo que se pregona es que los cambios constitucionales sean evacuados por las vías institucionales y democráticas para ello.⁶²⁷ Además de ello se formulan como argumentos negativos en contra de las ideas originalistas:

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 el significado del texto normativo.⁶²⁸

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.⁶²⁹ No obstante, como se verá más adelante, el NCL incorpora mecanismos donde el pueblo tiene la competencia de modificar por vías democráticas el texto constitucional, eso sí, con diversos matices.

Desde otro enfoque democrático, para HART ELY resulta inverosímil que una elite no democrática sea quienes definan los valores normativos de una sociedad, recalcando como

⁶²⁵ 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.

⁶²⁶ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op, cit*, p. 786.

⁶²⁷ GARGARELLA, R. (2017) “La interpretación y el diálogo democrático”, *op, cit*, p. 117.

⁶²⁸ *Ibid*, 180- 182.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 186.

inclusive son más democráticos los cambios de la Constitución por el órgano legislativo que aquellos realizados por los tribunales constitucionales.⁶³⁰

Como tesis intermedias a la discusión entre originalismo DWORKIN formula la necesidad de que las interpretaciones evolutivas tengan en cuenta las interpretaciones dadas inicialmente por el constituyente,⁶³¹ sin embargo ello toma al poder constituyente como un poder histórico que no es conforme la ontología del NCL, que entiende la continuidad del pueblo como poder constituyente, además de que los jueces siguen teniendo un papel definitivo en el asunto.

Otras teorías como las de GARGARELLA han preceptuado el diálogo democrático para la resolución de las disputas sobre el significado de la Constitución, considerando que las normas son mutables a través del diálogo.⁶³² No obstante, resulta ser contradictoria a la misma crítica que fórmula el autor argentino al cambio constitucional por parte del mismo pueblo en tanto el diálogo democrático necesita de fórmulas democráticas para la toma de la decisión como mecanismos institucionalizados para los cambios bajo un determinado orden jurídico. Ahora entonces si se tratase de constituir un nuevo orden constitucional la naturaleza misma del poder constituyente lleva a que sea el mismo pueblo el encargado de fijar sus propios límites, de allí que la propuesta de GARGARELLA resulte ser una suerte de idealismo democrático, que no resuelve en termino definitivos, siendo a una teoría demasiado gaseosa con poco alcance a la realidad práctica.

Así quienes entienden que la estaticidad del derecho resulta ser un desvalor en el sistema normativo que hace necesarias las evoluciones a raíz de estipulaciones normativas no democráticas y atemporales por el momento histórico en que fueron expedidas, desde un plano estructural son impropias al NCL por su carácter democrático respecto del momento de creación como también en el cambio constitucional. Del mismo modo, desde esa perspectiva democrática no podrá negarse su valor normativo en tanto si el poder

⁶³⁰ HART ELY, J. (1997). Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad. Siglo Hombre editores. Bogotá. p. 69.; A este enunciado surgen como críticas 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 darse en cambios más democráticos, en GARGARELLA, R. (2017). “Interpretación y diálogo democrático”, *op, cit*, p. 190.

⁶³¹ DWORKIN en GARGARELLA R. (2017) “La interpretación y el diálogo democrático”, *op, cit*, p. 198.

⁶³² GARGARELLA, R. (2017) “La interpretación y el diálogo democrático”, *op, cit*, pp. 203- 204.

constituyente ha querido mantener el texto normativo no puede un poder constituido 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 de tipo operativa de ideología normativista estática,⁶³³ prevalente sobre tesis prescriptivas, en tanto desde un punto de vista político sea necesario vedarle a los poderes públicos la capacidad de realizar mutaciones constitucionales⁶³⁴ dado que el cambio constitucional le pertenece a otro poder político,⁶³⁵ como a su vez dirigir el sentido de sus interpretaciones, delimitando de esta manera la forma en cómo debe realizarse la labor interpretativa. Por ello, como principales argumentos políticos para una ideología de la interpretación estática se presentan: (1) la garantía de los derechos constitucionales; (2) la consagración de procedimientos especiales para reformar la constitución.⁶³⁶

De manera que la continuidad de la norma sea también una decisión del poder constituyente, haciendo necesario entender como la voluntad del poder soberano tiene efectos en la realidad histórica en que se aplica la norma.⁶³⁷

⁶³³ WROBLEWSKY 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”, en WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Editorial Civitas, Madrid pp. 70- 71.

⁶³⁴ GUASTINI 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: 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)”, en “La interpretación de la Constitución”, p. 2015.

⁶³⁵ Sobre la ideología estática de la interpretación deberemos entender que en la interpretación constitucional en el NCL, el legislador deberá ser entendido como poder constituyente y el objeto de la interpretación será la Constitución: “hablando en general, esta certeza significa que el derecho es cierto en la medida que lo sea el legislativo, o- en otras palabra- que el derecho no cambia sin el legislativo. Esta ausencia de camino en la interpretación legal se relaciona con la idea de que el significado de una regla legal no cambia mientras no se cambie la regla en sí. El significado se atribuye al acto del legislativo, a la formulación de una regla por el legislador, en WROBLEWSKY, J. *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op, cit*, p. 73.

⁶³⁶ WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op, cit*, p. 78.

⁶³⁷ A pesar de que STORINI 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

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.⁶³⁸

GUASTINI explica entonces que la interpretación de la Constitución puede ser muy diferente en Constituciones flexibles o rígidas, en tanto en las constituciones flexibles para el legislador la interpretación se asimila a la interpretación de cualquier texto legal, mientras que en constituciones rígidas se necesita de la evolución a través de la interpretación constitucional⁶³⁹. No obstante, la idea del autor italiano contempla la existencia de un poder constituyente derivado y cláusulas pétreas que a tenor de la ontología del poder constituyente no son de recibo, por ello se trate de un especial tipo de interpretación del NCL.

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 en sí mismo lleva implícito una ideología propiamente dicha que conlleve la fijación de unos parámetros normativos que guíen la labor hermenéutica del intérprete auténtico sustituto del texto constitucional.⁶⁴⁰ Por ello, se defiende la idea de que los tribunales constitucionales toman decisiones jurídicas sometidas a unos límites impuestos por el poder constituyente, que sustenta la base de su argumentación y decisión, donde la motivación será la pieza central que permite señalar lo legítima o no de su providencia. De modo que 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 de motivar sus decisiones, mientras que el segundo al ser un poder de índole judicial si requiere de la motivación de estas.⁶⁴¹

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.” En STORINI, C. “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 52.

⁶³⁸ En STORINI, Claudia, “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 52

⁶³⁹ GUASTINI, R. (1999). “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en GUASTINI, R, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 87- 89.

⁶⁴⁰ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, en *Revista Derechos sociales e políticas públicas*, 9 (3), p.768.

⁶⁴¹ CANOSA, R. (1988) *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 30.

Con todo, en una teoría de la interpretación deberá diferenciarse las características propias de la Constitución de la ideología misma del texto constitucional, donde los criterios de interpretación deberán favorecer la aplicación de la segunda, creándose reglas de preferencia dentro del sistema. Al respecto AGUILO 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 originalismo, 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).”⁶⁴²

Así, pese a que la naturaleza de poder constituyente haya fungido como límites intrínsecos a la interpretación constitucional en diferentes ocasiones,⁶⁴³ se hace necesario consolidar controles a la interpretación constitucional de manera explícita. Los tribunales constitucionales, como cualquier otro poder requieren de sendos límites que convierten sus resultados interpretativos en actos jurisdiccionales y no políticos; ello es así, a raíz de dos situaciones: (1) una visión política de las decisiones de los tribunales constitucionales implica una asimilación al poder legislativo y al poder ejecutivo; y (2) el carácter de poder constituyente como poder sin límite alguno. De esta forma, que las decisiones de los

⁶⁴² AGUILÓ, J. (2012). “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁴³ 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, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente. Estudio de la jurisprudencia constitucional colombiana*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

tribunales constitucionales al no estar democráticamente legitimados, ostenten una connotación jurisdiccional, donde el objeto que permite determinar el carácter legítimo de la decisión resulte ser la motivación de la decisión judicial, pero que además haga evidente los métodos utilizados por el juez constitucional, constituyéndose en una forma de control a la interpretación.⁶⁴⁴

A pesar de que la interpretación constitucional se haya encontrado circunscrita a teorías positivistas que defienden la lógica como único elemento esencial para llenar los vacíos jurídicos del sistema jurídico, conviene indicar como una visión democrática de la interpretación requiere que existan elementos legitimadores y de control para que estos vacíos sean colmados por el juez constitucional⁶⁴⁵ en tanto que las mismas dinámicas de la interpretación deben tener en cuenta factores y elementos que están por fuera de la norma⁶⁴⁶ que en el NCL se hacen más notorios.⁶⁴⁷ En cualquier caso, la dinámica propia de la interpretación jurídica conlleva en que en cada acto hermenéutico se dé una decisión de carácter subjetivo por parte del operador judicial. No obstante, se hace necesario que dicho margen sea reducido mayormente por parte del poder soberano a fin de guiar la interpretación del intérprete auténtico sustituto, legitimar su accionar y defender los contenidos constitucionales. Por esto, que una interpretación limitada y controlable sea una interpretación democrática, pero a su vez jurisdiccional que reconoce la existencia de una voluntad superior a la función constituida que desempeñan los jueces constitucionales.

No podrá perderse de vista lo explicado por Claudia STORINI al indicar como los métodos y criterios de interpretación terminan siendo verdaderos límites a la discrecionalidad y amplio margen decisional de los jueces, pero también como estos representan una ideología⁶⁴⁸ y

⁶⁴⁴ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, en *Foro Revista de derecho*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁴⁵ 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.

⁶⁴⁶ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁴⁷ Recuérdese como el NCL incorpora el carácter revolucionario, emancipador, transformador, rupturista y trasnacional en el texto constitucional.

⁶⁴⁸ 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”, en *Revista de centro de estudios constitucionales*, 9, p. 181.

ontología del derecho.⁶⁴⁹ Ahora entonces 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.”⁶⁵⁰

A partir de allí, deberá diferenciarse los criterios de interpretación de la argumentación, en tanto los primeros deberán ser entendidos como directrices interpretativas de naturaleza previa a la interpretación y la argumentación será el sustento de la interpretación, operando de manera posterior.⁶⁵¹

Por ello, los criterios⁶⁵² de interpretación como método conexo a una visión ontológica del derecho que por ejemplo en las ideas positivistas concebían el derecho como una creación del legislador, ahora bajo el prisma del NCL representa el derecho como una creación popular. Sin embargo, las distintas dimensiones o conceptualizaciones del poder constituyente puedan modificar la misma naturaleza del derecho que se quiere representar, teniendo resultados contradictorios ante dos conceptualizaciones diferentes de la noción.⁶⁵³

⁶⁴⁹ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 775.

⁶⁵⁰ STORINI, C. (2008). “Teoría de la Interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁵¹ AGUILÓ, J. (2012) “Interpretación constitucional. Algunas Alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.*, pp. 239- 240.

⁶⁵² Le podremos denominar reglas, directrices o guías.

⁶⁵³ 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

Así las cosas, esa naturaleza del derecho que se quiere garantizar como entregar unos mínimos de independencia judicial, se hace necesario contemplar diversos métodos de interpretación a fin de desarrollar las diferentes facetas del derecho entregando algunos márgenes que permitan al juez descifrar el contenido del poder constituyente, pero ante la variedad de métodos que reflejan una discrecionalidad para el juez al momento de escoger el método según como quiera que se dé la decisión, se requiera unas reglas de preferencia entre uno y otro método.⁶⁵⁴

Piénsese como dado el carácter objetivo de los derechos fundamentales tendientes a dar su aplicación obligan al poder ejecutivo y legislativo al desarrollo de unos presupuestos mínimos como a la necesidad de abstenerse de vulnerar la Constitución, más se denota la necesidad de que los jueces también tienen unos límites.

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. Así las cosas, es imperioso diferenciar dos situaciones que retoman el carácter jurisdiccional y no político de las decisiones judiciales como el carácter soberano del poder constituyente, esto es, la limitación de la función de los jueces constitucionales como poderes constituidos a través de la decisión política del poder constituyente en 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 a utilizar conlleva indefectiblemente que este asuma una verdadera función de poder constituyente. Al respecto STORINI mencionara:

“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

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.” En *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente*, *op. cit.*, p. 29- 30.

⁶⁵⁴ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal constitucional”, *op. cit.*, p. 44.

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.”⁶⁵⁵

Es de advertir como los límites a la interpretación democrática de la Constitución en sí mismo no encierran una lucha entre dogmáticas iusnaturalista *versus* aquellas iuspositivistas,⁶⁵⁶ sino como ya se dijo busca asumir una ideología del derecho representada en el Estado democrático y constitucional de derecho que en el NCL se refleja por la articulación de métodos de interpretación en defensa de la voluntad popular como autoridad suprema, pero a su vez que tiene una connotación transformadora, revolucionaria, rupturista y emancipatoria. En todo caso, a fin de evitar la usurpación del poder constituyente por los poderes constituidos, se requieren límites al ejercicio interpretativo que deberá ser revisitado desde un punto de vista procedimental, estableciendo 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.”⁶⁵⁷

Así mismo, las visiones iusnaturalista y positivistas han sido incapaces de poner límites a la hermenéutica constitucional; desde el plano positivista de soberbia lógica al entender la interpretación como fórmula lógica que descifra por sí mismo el carácter objetivo del

⁶⁵⁵ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 780

⁶⁵⁶ 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, en STORINI, C. (2022), “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 781.

⁶⁵⁷ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 803.

enunciado normativo hace innecesario explicitar mecanismos de control a la interpretación;⁶⁵⁸ y desde el iusnaturalismo,⁶⁵⁹ al fomentar la discrecionalidad judicial y la concepción de derecho como creación normativa a raíz de componentes axiológicos.⁶⁶⁰

Con ello, no se quiere decir que adoptando lo planteado desaparezca la discrecionalidad judicial del ámbito decisionista de la función jurisdiccional pero sí se permitiera un mayor grado de legitimación a las decisiones como también fijar sendos límites al actuar judicial que a su vez ocasiona la disminución de la libertad del juez que lleve a decisiones medianamente previsible,⁶⁶¹ acogiéndose 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, haciendo necesario que *mutatis mutandi* se refleje la aplicación del principio de separación de poderes, la diferencia entre poder constituyente y poder constituido como la sujeción del intérprete auténtico sustituto a la Constitución.⁶⁶²

Conviene anotar como en sí mismo las teorías de la interpretación conlleva un concepto de definición 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

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 769- 772, 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”. (p. 770)

⁶⁵⁹ STORINI, C. (2008). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 781, indica la aurora: “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.”

⁶⁶⁰ 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.

⁶⁶¹ 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 argumentativa que cierre la brechas de discrecionalidad del operado judicial: “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 sí mismos: es decir, que el único control posible es un control de coherencia de su aplicación”, en STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal constitucional”, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁶² Al respecto GUAISTINI (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 varía de la del autor italiano. Por ello a pesar de que sea imposible reducir el elemento volitivo de las decisiones judiciales, sí es necesario tener en cuenta los fines que persiguen 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”, en “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, *op. cit.*, p. 14.

interpretación de forma estipulaba como un acto de voluntad de naturaleza creativa y las teorías mixtas como la existencia de un acto volitivo del intérprete sujeto a los significados convencionales del texto normativo.⁶⁶³

En este sentido, la teoría de la interpretación que se propone tiene como finalidades las propuestas por las teorías cognitivas, pero no pierde de vista la desconfianza que genera en la interpretación constitucional las teorías escépticas, de allí la necesidad de que el constituyente fije unas pautas interpretativas a fin de controlar los márgenes hermenéuticos de los jueces. Una teoría de la interpretación constitucional en el NCL, dados sus amplios elementos políticos como ejes de esta teoría de la Constitución, eventualmente generará ámbitos de discrecionalidad judicial pero dichos ámbitos deben estar avalados y regulados por el poder soberano a fin de que la decisión sea legítima.

De esta forma, no es igual que de manera que el propio constituyente entregue de manera expresa a los jueces constitucionales márgenes de discrecionalidad para la toma de decisiones, lo que es contrario a la ontología del NCL es que sean los mismos jueces quienes se atribuyen esos márgenes de discrecionalidad en aras de amplificar sus poderes, a partir de la adopción de criterios interpretativos extra sistémicos⁶⁶⁴ que pueden representar una ideología no acorde a la voluntad popular. De esta forma, independientemente del resultado de la interpretación del juez constitucional, la sujeción estricta a los métodos y criterios impuestos por el poder soberano harán su decisión legítima.

En todo caso, en una interpretación democrática de la Constitución deben desaparecer los escenarios de creacionismo judicial que terminan generando desequilibrios institucionales contrarios al ser del NCL. Así, no podrá entenderse la interpretación como acto de creación en tanto esta debe ser entendida como un ejercicio que desentraña un significado de un postulado normativo. Por ello ha sido recurrente que en escenarios de interpretaciones ilegítimas que conducen a creación normativas se den dos presupuestos: (1) la formulación

⁶⁶³ AGUILO, J. (2012). "Interpretación constitucional. Algunas Alternativas teóricas y una propuesta", *op. cit.*, p. 239.

⁶⁶⁴ PRIETO, L. (1991). "Notas sobre la interpretación constitucional", *op. cit.*, pp. 180- 181; de la misma manera GUASTINI (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. En "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?, *op. cit.*, pp. 89- 90.

de una interpretación jurídica no sometida lógicamente a otra norma preexistente; (2) la no justificación de la nueva regla que se crea.⁶⁶⁵ Por ello, que construcciones doctrinales como “la ponderación” de evidente naturaleza subjetiva y discrecional sea un manto de legitimidad de la decisión judicial a partir del establecimiento de un procedimiento medianamente “racional”. Por eso, hayan sido los mismos tribunales quienes hayan fijado estos procedimientos a fin de legitimar sus actuaciones que incluso pueden ser contrarias al mismo texto constitucional.

A pesar de que se señale el carácter casuístico de las normas constitucionales que hacen imprevisibles las resoluciones de los casos que surgirán una vez creado el texto constitucional, es decir, la imposibilidad de certeza de las decisiones de los jueces constitucionales como los conceptos jurídicos indeterminados contemplados en la Constitución, se hace indispensable formular una teoría general de la interpretación constitucional que contenga una metodología propia más aún en sistemas como los estudiados por el NCL, entendiendo como 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 conviertan a este poder constituido en un poder constituyente que elabora sus propias reglas de interpretación y que pone 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 que reconduzca sus facultades a verdaderos ejercicios jurisdiccionales, por ello se reitere el carácter judicial de las decisiones de los tribunales constitucionales dependa de un criterio eminentemente democrático, es decir, de una teoría de la interpretación que imponga límites que legitiman el accionar de los jueces.⁶⁶⁶

Además de ello, la fijación de límites interpretativos revalúa la concepción histórica del poder constituyente y por el contrario, favorece una perspectiva conceptual del poder constituyente que no desaparece al momento de creación constitucional,⁶⁶⁷ que desde el NCL se articula a los múltiples escenarios de participación directa del pueblo en las decisiones políticas,⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal constitucional”, *op. cit.*, pp. 38.

⁶⁶⁶ STORINI, C. (2008). “Teoría de la Interpretación y legitimidad del tribunal constitucional”, *op. cit.*, pp. 59- 60

⁶⁶⁷ FRANCO, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente*, *op. cit.*, p. 4

⁶⁶⁸ Esta visión puede acompañarse con lo dicho por FRANCO 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

siendo su presencia continua en el ordenamiento jurídico imponiendo 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.”

669

De cualquier modo, los límites interpretativos representan entonces una evolución de los límites implícitos o construcciones doctrinales, avanzando a unas reglas explícitas que dejen expuestas la interpretación en contra de la voluntad popular, superando los límites propios del objeto de interpretación hacia modelos de control intraorganicos, que responden al ejercicio de una función jurisdiccional y que a su vez controle los actos de creación normativa.⁶⁷⁰

En referencia a lo anterior, dichos controles como la construcción de una teoría de la interpretación constitucional sea más que necesaria en constituciones como las del NCL proclamadas como constituciones democráticas que normativamente tiene un carácter dúctil pero invasor no solo del ordenamiento jurídico sino de las realidades sociales, lo que haga imperioso imponer límites para el respeto de la voluntad popular como los elementos que encierran la concepción de poder constituyente como poder soberano.

o incluso vías no institucionales. En *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente*, op, cit, p. 22.

⁶⁶⁹ FRANCO, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente*, op, cit, p. 14.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 8.

De esta forma, los escenarios de interpretación constitucional que conllevan una función descriptiva⁶⁷¹ pero a su vez normativa⁶⁷² de las normas constitucionales cuando se realiza el control de constitucionalidad, requiere de elementos de sujeción al intérprete dado los elementos puestos en juego, ello es, el respeto por el principio democrático y de separación de poderes, la soberanía popular, la defensa de los derechos fundamentales, entre otros.

Es pues como la estipulación de criterios hermenéuticos para el desarrollo de la interpretación constitucional permita entender el grado de legitimidad o no de las decisiones tomadas por los tribunales constitucionales, dado que estos establecen un resultado interpretativo del texto constitucional

Por otra parte, como ya se vio los textos constitucionales del NCL resultan ser eminentemente principialistas, complejos y pluralistas siendo la ponderación prácticamente un método indefectiblemente forzoso para la resolución de los conflictos que surgen entre normas, resaltando cómo el poder constituyente no estableció una jerarquía entre derechos o principios en los textos del NCL, haciendo necesario adoptar un concepto amplio de la interpretación.⁶⁷³ Así las decisiones de los tribunales constitucionales en el NCL a diferencia de los Estados clásicos de derechos puedan terminar siendo verdaderas decisiones políticas, ya que estas no podrán ser producidas y resueltas bajo la metodología de resolución de conflictos normativos propia del Estado de derecho como lo es la subsunción.⁶⁷⁴ No obstante, considero que las decisiones proferidas por los tribunales constitucionales son verdaderas decisiones jurídicas pero con especiales componentes políticos, ello a raíz de dos elementos: (1) Desde un punto de vista procedimental, las decisiones de los tribunales constitucionales no son construidas en escenarios y trámites democráticos; (2) por la naturaleza normativa de la constitución, en donde por mandato expreso del poder constituyente es la constitución una verdadera norma jurídica, de allí que pese a que existan escenarios de discrecionalidad judicial, la decisión se toma en base a unos fundamentos jurídicos. Con todo, la construcción dogmática de las decisiones de los jueces

⁶⁷¹ Las tesis prescriptivas indican que la interpretación constitucional requiere un método específico diferente al de la Ley. Ver en GUASTINI, R. (2014). “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*

⁶⁷² WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 70- 71.

⁶⁷³ Ello es así dado que el carácter abierto, vago, ambiguo y principialista 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”, ver en GUASTINI, R. “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en GUASTINI, R. (1999). *Estudios sobre la INTERPRETACIÓN jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp. 4-5

⁶⁷⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática”, *op. cit.*

constitucionales como decisiones políticas, impide que la Constitución tenga un carácter normativo y sea visto únicamente como un proyecto político,⁶⁷⁵ tesis que no está acorde con los cánones del NCL.

Se considera entonces que en Constituciones como las del NCL, extensas y amplias en derecho con una vocación claramente principialista, la interpretación representa una teoría no sólo de la Constitución sino del poder. Así, las disposiciones normativas como signos lingüísticos, donde la norma resulta ser un significado de la disposición que es dada mediante una interpretación,⁶⁷⁶ se hace más importante en escenarios de amplitud conceptual regidas por principios jurídicos que plantean situaciones no solo de interpretación sino concretización y aplicación.⁶⁷⁷

1.5.2. Modelos y límites en la interpretación constitucional en el NCL.

Ahora entonces la novedad del NCL en esta materia dada la complejidad y estructura normativa estas Constituciones se haya contemplado por parte del constituyente límites a la función interpretativa de los tribunales constitucionales o lo que se le ha denominado “*controlling watchmen*”⁶⁷⁸, superándose los elementos estructurales que buscan democratizar la justicia constitucional desde un ámbito externo⁶⁷⁹ y por ello, ese especial componente democrático también tenga que estar inserto en la decisión judicial, esto es, una legitimidad funcional a *posteriori*.

En este sentido, el ejercicio del control de constitucionalidad y la justicia constitucional ha desembocado en la necesidad de revisar las facultades de los jueces constitucionales que interfieren directamente en la concepción del Estado democrático a raíz de la restructuración del principio de separación de poderes dadas las profusas intromisiones del poder judicial frente a otros poderes y se haya tenido que buscar establecer controles a los controladores.⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op, cit*, p. 802.

⁶⁷⁶ WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op, cit*, p. 26.

⁶⁷⁷ GUASTINI diferencia cada uno de estos conceptos en tendiendo que los principios tienen diversas funciones en el ordenamiento jurídico, en “La interpretación de la Constitución”, *op, cit*, pp. 2049- 2057.

⁶⁷⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “La interpretación de la Constitución democrática”, *op, cit*, en p. 448.

⁶⁷⁹ Véase en NOGUERA, A. (2013). “Las nuevas constituciones andinas...”, *op, cit*; NOGUERA, A. (2011). “¿Democratizando la justicia constitucional...”, *op? cit*; NOGUERA, A. (2011). “El neoconstitucionalismo andino...”, *op, cit*, pp 164 y ss.

⁶⁸⁰ ZULETA, E. (2012) “¿Quién custodia a los custodios?”, en *Pensar en derecho*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/quien-custodia-a-los-custodios.pdf>

Y es que no pude perderse de vista como el constituyente se ha dado cuenta del peligro que conlleva un mal ejercicio de interpretación constitucional, dándose dos escenarios frente a la limitación de la función interpretativa de los tribunales constitucionales. En primer término, se dará unas primigenias e incipientes líneas de guía o limitación de la interpretación constitucional contenidas en las Constituciones de Colombia y Venezuela, donde se denota la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, la aplicación del principio *pro homine*, pero no mucho más, dándosele un amplio margen de discrecionalidad a estos tribunales para definir los criterios interpretativos que encauzaron su decisión.

En todo caso, es menester recalcar cómo en un primer momento a las corrientes progresistas propias del momento histórico en que se dan las constituyentes de Colombia y Venezuela no hacen foco en evitar los excesos interpretativos de los jueces constitucionales, más si su preocupación podría estar concentrada en dotar al texto constitucional de verdaderas cláusulas que hicieran efectivas las normas constitucionales, tratándose de una limitación a la omisión del juez constitucional al momento de aplicar la norma. No obstante, ello se traduciría en un fortalecimiento de los jueces en detrimento de los demás poderes ampliando su margen interpretativo.

Por otra parte, las Constituciones más modernas del NCL incorporan verdaderas guías de interpretación de los tribunales constitucionales, estableciendo genuinos cauces para la toma de la decisión que dotan de legitimidad democrática la misma. 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 como al tenor literal de la norma. De la misma forma, su interpretación deberá darse en aras de desentrañar el efecto útil de las normas constitucionales para la garantía de su vigencia. De allí que se trate del empleo del método de interpretación originario y literal del texto constitucional, pero sin establecer de manera clara un predominio exclusivo de este método, en atención que se trata de un “preferencia”, otorgándole la oportunidad para que el intérprete pueda aplicar otros métodos que desentrañan 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, lo cual podría resultar ser contradictorio con el numeral 2, en tanto, el método originalista y literal de la norma puede

que no permitan la efectividad del texto constitucional, generando una contradicción interna entre estos límites.

El caso ecuatoriano será mucho más interesante en tanto contiene una amalgama de criterios interpretativos mucho más amplios. 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. Finalmente, el artículo 427 señala que la interpretación constitucional de la Corte Constitucional se dará según el tenor literal que más se ajuste a la norma en su integralidad, pero que en caso de duda se aplicará el sentido que más favorezca la vigencia de los derechos y la voluntad del poder constituyente pero también “*de acuerdo con los principios generales del derecho de la interpretación constitucional*”. Sin embargo, se puede vislumbrar como no se trata de criterios exclusivos de interpretación de la Constitución, pudiéndose aplicar otros criterios de interpretación distintos a los evocados en el texto constitucional, dejando una puerta abierta para la discrecionalidad judicial que conlleve la desdeñable mutación y “evolución” de la Constitución que el constituyente quiere evitar.⁶⁸¹

En cualquier caso, el artículo 427 establece dos niveles de interpretación, uno dirigido a los llamados “casos fáciles” en donde deberá privilegiarse el tenor literal y contextual de la norma; y un segundo evento, en los llamados casos difíciles, donde se aplicará la búsqueda de la efectividad de los derechos constitucionales y la voluntad originaria, pero pudiéndose consultar otros criterios.⁶⁸²

Es por ello, que la interpretación de la Constitución democrática haga necesario que exista un intérprete auténtico sustituto que descifre la voluntad constituyente de los documentos emanados de los periodos de creación constitucional, teniendo en cuenta especiales componentes políticos y metajurídicos que permitan descifrar el contenido de la norma⁶⁸³. Así las cosas, las constituciones de Ecuador y Bolivia implantan mecanismos de limitación democrática a los tribunales constitucionales respecto de su interpretación en tanto les señala la forma en cómo deben ser aplicados los contenidos constitucionales, en donde siempre se debe favorecer la primacía de los derechos constitucionales apelando a la voluntad del poder

⁶⁸¹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁸² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012) “La interpretación de la Constitución democrática”, *op. cit.*, p. 452

⁶⁸³ VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014) “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 78.

constituyente, articulando a los factores orgánicos-estructurales de legitimidad democrática⁶⁸⁴.

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.⁶⁸⁵

En todo, caso las constituciones del NCL rompen de a poco las concepciones tanto naturalista como positivistas que entienden que la interpretación de la Constitución debe utilizar todos los criterios posibles de ser aplicados, ello obedece claramente a una visión que entiende la interpretación sin controles para el intérprete.⁶⁸⁶ Sin embargo, en la interpretación democrática de la Constitución serán posibles aplicar tanta variedad de criterios siempre que el constituyente así lo disponga, empero una ideología propia del poder constituyente requiere el privilegio de determinados métodos sobre otros.

Se puede revisar como las constituciones más modernas del NCL apelan al método histórico como fórmula para preservar la voluntad popular, retomando las teorías subjetivas de la interpretación que indagan por la intención del creador del texto normativo

Ahora entonces, 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 a fin de reducir el margen de discrecionalidad: (1) el respeto y cumplimiento irrestricto a las reglas constitucionales, situación que implica que las mismas no puedan ser relativizadas por un principio constitucional, presupuesto que se aplica tanto al juez ordinario como al juez constitucional; (2) 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

⁶⁸⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano?, *op. cit.*, p. 306,

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 306,

⁶⁸⁶ Dice AGUILO: “La Constitución es un texto jurídico y como tal le son aplicables todos los criterios y/o argumentos jurídicos que pueden utilizarse para atribuir y/o justificar significados a los textos jurídicos”, en AGUILO, J. (2012). “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta.”, *op. cit.*, p. 240.

Constitución, su limitación resulta ser necesaria para salvaguardar tanto la estructura orgánica diseñada por el constituyente como su voluntad plasmada en los derechos constitucionales.⁶⁸⁷

Es por ello, que en constituciones con las características del NCL dada su estructura normativa compleja en donde predominan los principios y valores con amplias márgenes de abstracción, la pieza central para determinar si la decisión judicial es legítima o no, se encuentre circunscrita a la motivación de la decisión judicial⁶⁸⁸, aunque como acto previo a la motivación de la decisión se deba tener en cuenta a 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 voluntariedad y subjetividad sin control alguno. Por ello:

(...) en principio, tendría que ser mas 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”.⁶⁸⁹

En todo caso, como bien indica CHÁVEZ, la tensión democrática existente entre democracia y constitucionalismo puede ser reducida aún más, según los límites que se establezcan a la interpretación que realizan los jueces constitucionales, haciendo necesario la implementación de mayores reglas en lugar de principios.⁶⁹⁰ Sin embargo, la naturaleza principialista de la norma constitucional dirán autores como FERRERES que el carácter abstracto de la norma permite mayores niveles de legitimidad de la constitución con el pasar del tiempo, impidiendo que las generaciones futuras se vean sometidas a sus antepasados.⁶⁹¹ Dicho razonamiento podría ser plausible en constituciones que no resulten ser eminentemente democráticas, pero en aquellas que son fieles al constitucionalismo democrático no encontrará asidero, dado que el carácter rígido de la Constitución, como ya hemos dicho en varias oportunidades, resulta ser relativo, en tanto desde un visión del pueblo

⁶⁸⁷ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación...”, *op, cit*, pp. 143- 147.

⁶⁸⁸ STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op, cit*, p.793.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 801

⁶⁹⁰ CHÁVEZ, J. (2021). *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno*, *op, cit*, p. 375

⁶⁹¹ FERRERES, V. (2000). “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 23, p. 33.

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 que la masificación de las reglas entre los textos constitucionales no resulte ser contraria a la esencia del NCL, limitando la capacidad interpretativa de los jueces y consolidando la aplicación directa de la voluntad popular, pero que desde la ontología del poder constituyente puedan ser modificadas a demanda del pueblo. Con todo, no solo sea necesario el retorno del derecho por reglas en la Constitución, sino además un sistema de criterios interpretativos especialmente señalados por el poder constituyente.

En este sentido, la rigidez de la Constitución tiene una 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. En este sentido, no será lo mismo la interpretación de una Constitución regulativa mayormente rígida con dificultades de reforma popular, dado que está refleja una suerte de consenso⁶⁹² que necesita de la actualización judicial a fin de que no se constituya en una Constitución de los muertos para los vivos que adquiere una naturaleza valorativa en que su legitimidad no radica en un criterio de autoridad sino en uno axiológico; Mientras que en constituciones regulativas menos rígidas resultan ser 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”*.⁶⁹³

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, donde el poder constituyente como poder soberano es quien legitima el accionar de la Constitución.

⁶⁹² AGUILÓ justificara la rigidez de la Constitución en dos razones: “En el momento de darse una Constitución, cualquier constituyente «responsable» tiene que enfrentar dos problemas ineliminables en la medida en que la Constitución sea un acuerdo sobre lo «inmodificable». El primer problema es el del consenso, es decir, tenemos dificultades para ponernos de acuerdo sobre lo correcto. El segundo problema es el del compromiso, esto es, tenemos inseguridad para comprometernos con reglas prácticamente inmodificables porque no somos capaces de establecer en abstracto y por adelantado exhaustivamente las circunstancias en las que la regla debería regir.”, en AGUILÓ, J. (2012). “Interpretación Constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁹³ AGUILÓ, J. (2012). “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.*, p. 258.

De esta manera se presenta una relación directamente proporcional entre reforma constitucional, legitimidad de la Constitución e interpretación constitucional, en tanto, entre mayores posibilidades de reformar la Constitución más legítimas serán las normas constitucionales, ya que el pueblo podrá acudir a su cambio 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 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, pero además deberá dotarse de especiales límites a la función interpretativa de los jueces a fin de controlar su poder, de allí su carácter eminentemente democrático.

De la capacidad transformadora, emancipadora y compleja de las constituciones del NCL hace necesario que se tenga en cuenta los principales conceptos políticos que aglutinan estas constituciones, inclusive 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 de ello, la interpretación de la Constitución como un constructo complejo que refleja los consensos de una sociedad conlleva a que no solo se empleen métodos tradicionales para la solución de los conflictos jurídicos sino analizar otros saberes que permitan resolver las tensiones que se pudiesen presentar dentro de los sistemas constitucionales, siendo la interpretación un mecanismo de explicación de la realidad social y el medio de intervención en esta.⁶⁹⁴

En este punto se recuerda como, el NC centra su preocupación en la forma en que se interpreta la Constitución, en tanto al NCL le importa de manera primordial, encontrar las relaciones democráticas en que se fundó la Constitución, articulando mecanismos de participación de los ciudadanos, como las causas sociales y coyunturales que dieron origen a los procesos constituyentes.⁶⁹⁵ Por esto, es que el NCL deba apelar a criterios metajurídicos y políticos en los que debe ser interpretada la Constitución, con el fin de dar un sentido transformador, revolucionario y emancipador a las normas constitucionales como creación del

⁶⁹⁴ Véase en NAVAS, M. (2017). “Claves metodológicas para la investigación en el nuevo constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 16- 18.; NAVAS, Marco, “La base fundacional en la Constitución: propuestas para comprender el modelo de Estado Constitucional ecuatoriano”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁹⁵ BELLOSO, N. (2015). “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *op. cit.*, p. 33

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, sino que además proteja y promueva judicialmente los mecanismos democráticos de participación ciudadana⁶⁹⁶ y una ontología propia del poder constituyente.

Con todo, la interpretación constitucional debe garantizar los escenarios democráticos para la toma de decisiones políticas, por ello además de ser guardianes de los derechos y también deben serlo de los procedimientos democráticos como sustento mismo del NCL, consecuentemente a una dimensión negativa de no invadir los terrenos de lo político, además de ser una entidad abierta a la multiplicidad de interpretaciones enviadas por el pueblo.⁶⁹⁷ Al darse una aplicación en concordancia con el poder constituyente, los avances en materia de derechos dependerá de verdaderos ejercicios democráticos, negando valor a las mutaciones constitucionales como fenómeno que transforma la realidad, y ello es así, porque los escenarios de transformación en el NCL se podrán dar 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) el componente transformador que en sí mismo trae la aplicación de las normas constitucionales.⁶⁹⁸

Una interpretación democrática de la Constitución a su vez, implica la participación activa de la sociedad en la decisión de cómo deberá ser entendido determinado postulado constitucional cuando se presente alguna duda respecto de su significado, otorgándole no solo una legitimidad democrática externa por la forma de designación de los integrantes del tribunal constitucional sino además desde la argumentación interna, ampliando los espectros de participación y visibilidad de la sociedad en las disputas que se puedan generar en torno a la Constitución.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ UPRIMNY, R. (2011). “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina...”, *op, cit*, p. 19.

⁶⁹⁷ NAVAS, M. (2013). “La justicia constitucional en el Ecuador entre la política y el derecho”, *op, cit*, pp. 190-191.

⁶⁹⁸ Vale indicar que muchas veces lo que impide las transformaciones es la aplicación de los derechos, tómese por ejemplo el caso de los derechos sociales en el ordenamiento colombiano.

⁶⁹⁹ NAVAS, M. (2013). “La justicia Constitucional en el Ecuador entre la política y el derecho”, *op, cit*, p. 205-206.

Pese a la innovación de los constituyentes del NCL⁷⁰⁰ en la adopción de guías de interpretación en sus textos constitucionales que han intentado limitar los escenarios herméticos de los jueces constitucionales, se puede decir que frente a otros modelos hermenéuticos resultan ser de avanzada pero todavía resultan ser muy limitados para controlar el poder en cabeza de los jueces constitucionales, desbordando sus límites competenciales. 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 a una visión reglamentaria de los derechos constitucionales.⁷⁰¹

El constante activismo de los jueces debido a los contextos normativos amplios, abiertos y con cierta dosis de ambigüedad, muchas veces se ha traducido en un avance en términos democráticos para la transformación de la sociedad desde el derecho; sin embargo esto 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 cargas argumentativas de los jueces para una sociedad que requiere el cierre de brechas sociales, políticas y económicas.⁷⁰² Así, el carácter experimental del NCL ha hecho que se dé una ausencia teorías propias de la interpretación en estos escenarios y por el contrario, haya tenido que importarse métodos que no corresponden a las finalidades políticas de estos textos.

Con todo, la asunción cultura jurídica propia del Neoconstitucionalismo que comparte elementos comunes con el NCL basado en sistema de principios y una amplitud considerable de los textos constitucionales, ha posibilitado escenarios de creación constitucional, amplísima discrecionalidad judicial y fuerte activismo judicial⁷⁰³ a partir de criterios extra sistemáticos ha modificado la ideología de la interpretación propia del NCL.

De esta manera, los diferentes elementos comunes a las constituciones del NCL plantean que se desarrolle 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

⁷⁰⁰ En mayor medida en el caso ecuatoriano y boliviano, al imponer no solo cláusulas a favor de la aplicación de las normas constitucionales sino también guiadas a limitar la discrecionalidad del juez constitucional

⁷⁰¹ FERRAJOLI, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 35 y ss.

⁷⁰² Von BOGDANDY, A. (2015). “Ius Constitutionale Commune en América Latina...”, *op. cit.*, p. 24

⁷⁰³ FERRAJOLI, L. (2016). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *op. cit.*, p. 67.

las metas propuestas por los movimientos constituyentes en la vocación transformadora, rupturista, revolucionaria y emancipadora que persigue esta teoría⁷⁰⁴. De allí que sea necesario replantear una teoría propia de la interpretación constitucional en el NCL y abandonar, las teorías neoconstitucionalistas que pese a que ostentan elementos comunes, en su ser resultan ser opuestas al sentimiento popular del NCL como a la visión material del poder constituyente. Por esto la constitucionalización del derecho y la fuerza normativa de la Constitución no serán suficientes para que el NCL continúe bajo los cánones interpretativos del neoconstitucionalismo y teorías interpretativas que se formulan bajo un concepto de poder constituyente formal, en tanto tales fines resultan ser minúsculos a los cometidos políticos que defiende la idea de un poder popular soberano y la visión material de la Constitución que a diferencia de las causas del constitucionalismo europeo de postguerra (en el que se desarrolla la teoría neoconstitucionalista) que es la defensa de los derechos fundamentales, el NCL tiene un especial dimensión social como medio para superar las desigualdades y exclusiones de raíz colonial. De antemano, se advierte como una teoría de la interpretación de la Constitución democrática puede tomar elementos de las otras teorías jurídicas mayormente sistematizadas, pero la adopción de algunos elementos diferentes e incluso incompatibles con estos, harán de esta una teoría singular.

Por ello, se pretende superar los límites implícitos a la interpretación constitucional que proponen teorías de la interpretación según la concepción de Estado constitucional que se formule y la tipología de normas junto a su valor axiológico adoptadas, siendo necesario en una teoría normativa débil⁷⁰⁵ hacer explícitos los controles a la interpretación de la Constitución desde la misma Constitución, estableciéndose controles a la interpretación misma mediante criterios de interpretación como a su vez la formulación de controles intraorganicos que restrinjan los cambios interpretativos ante el posible desbordamiento de sus límites. Esto es controles a la interpretación misma, interpretación ante los cambios interpretativos y la concreción de las normas ambiguas, poco claras y abstractas. En todo caso, tendrá que decirse que una interpretación democrática de la constitución requiere la remisión de las normas constitucionales al poder constituyente, la adopción de derechos

⁷⁰⁴ SOUSA, F. y STRECK, L. (2014). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano...”, *op, cit*, p. 150.

⁷⁰⁵ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op, cit*.

constitucionales ya sea por su declaratoria expresa o por el establecimiento de una cláusula de remisión y la adopción de criterios metajurídicos consagrados en el texto constitucional.⁷⁰⁶

⁷⁰⁶ AGUILÓ, J. (2012). “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.*, p. 254.

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

Se entiende de interpretación constitucional como criterios o puntos de vista metódicos que dan prevalencia a algún elemento del texto jurídico.⁷⁰⁷ No obstante se dice que la teoría general de la interpretación no ofrece respuestas correctas sino simplemente decisiones admisibles, en tanto la misma estructura hermenéutica genera resultados diferentes, quedando en manos del interprete la decisión final.⁷⁰⁸ En todo caso la teoría de la interpretación no puede ofrecer en todos los casos respuestas previsibles y adecuadas, sin embargo si 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 de hermenéutica que descifre el sentido de las normas constitucionales.⁷⁰⁹ El ejercicio hermenéutico supone que el intérprete escoja o determine el sentido “válido” de los múltiples sentidos admisibles por la norma.⁷¹⁰

Bajo este prisma, los sentidos de las normas constitucionales dependerán en gran medida de los métodos o criterios de interpretación que utilice el intérprete, debiendo establecer límites interpretativos desde los mismos métodos, ello es, que por expresa autoridad del poder constituyente se designen los criterios bajos los cuales se realice la labor interpretativa de los jueces constitucionales.

En la interpretación constitucional interviene una actividad hermenéutica, jurídica y política. El pueblo de esta forma entrega la facultad de interpretar la norma constitucional a determinada autoridad para que ella 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 a lo inicialmente previsto en las normas. La interpretación jurídica se trata de una interpretación sujeta a las bases de la autoridad legítima, siendo cualquier ejercicio interpretativo sin la competencia conferida por el poder constituyente o el desborde de los sentidos previstos por el constituyente, causales para la pérdida de su legitimidad.⁷¹¹

⁷⁰⁷ SÁNCHEZ, R. (2017). “Hacia un nuevo modelo de interpretación constitucional”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, 58 (249). p. 320.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 321.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 334.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 335

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 328.

Así las cosas, las mutaciones constitucionales como mecanismos de cambio constitucional se ha erigido como una constante en los ejercicios interpretativos de los jueces, siendo en algunas posiciones doctrinarias como un valor del sistema jurídico y en otras como un desvalor de este. En todo caso, en el presente capítulo se abordará la noción de mutación constitucional para identificar sus principales características y su relación con el cambio constitucional, trasladando esta relación a la teoría de la Constitución del NCL que permita definir las mutaciones como una institución valiosa para el sistema o, por el contrario, como una patología propia del sistema.

De este modo se presentará una caracterización no taxativa de las mutaciones constitucionales para entender sus principales fundamentos y presupuestos; en segundo momento, se relacionará la institución de la mutación con el cambio constitucional, tomando como referente las ideas básicas del NCL; para finalmente abordar un caso común a las Constituciones del NCL como lo es la reelección presidencial.

2.1. La primigenia teoría de las mutaciones constitucionales de JELLINEK.

JELLINEK presenta una visión orgánica de las mutaciones constitucionales, desarrollando su teoría desde el órgano de poder donde surge la mutación constitucional. Así encuentra como tipos de mutaciones constitucionales: (1) las mutaciones vía parlamentaria cuando se desarrollan facultades o disposiciones normativas previstas en el texto constitucional; (2) administrativa o gubernamental debido a la facultad reglamentaria en cabeza del poder ejecutivo que impide que los demás poderes realicen un control exhaustivo a sus actos normativos; (3) los tribunales constitucionales en sus ejercicios de interpretación de los preceptos contenidos en Constitución. Vemos como se da una conceptualización de las mutaciones constitucionales a partir de su diferenciación con la reforma constitucional, aduciendo que respecto de las primeras no tienen la intencionalidad del cambio que sí tiene la reforma constitucional.⁷¹²

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 las normas tengan una jerarquía infra

⁷¹² JELLINEK, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*, [Trad. Foster, C]. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, p. 7.

constitucional, su contenido modifica lo señalado por el poder constituyente. En estos casos, la norma infra constitucional puede tener como efectos: la creación de instituciones no previstas por el constituyente, como la modificación y alteración de elementos del Estado.⁷¹³ En todo caso, las mutaciones constitucionales desde un punto de vista práctico se dan a través de la significación de enunciado normativo o la interpretación de una norma secundaria, introduciendo un nuevo significado al enunciado objeto del ejercicio hermenéutico.⁷¹⁴

Así mismo, JELLINEK 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 del sentido del texto de manera informal, diferenciándose de las reformas en tanto estas se realizan de manera voluntaria y consciente, al contrario de las mutaciones que pueden ser conscientes o inconscientes.⁷¹⁵

2.2. Las mutaciones como elementos propios de la Constitución y su carácter abierto: SMEND y HSU DAU- LIN.

SMEND como autor que desarrollaría inicialmente el concepto de mutación constitucional en Alemania, entendería la Constitución desde dos sentidos que permitirían elaborar una doctrina de las mutaciones constitucionales como productos propios de la realidad social y el carácter abierto de la Constitución. Una primera visión del derecho será estática como medio de regulación de las instituciones del Estado y los derechos de los ciudadanos, y una segunda visión dinámica, como producto de las leyes físicas que acumulan las fuerzas reales de poder. La Constitución será una unidad del factor estático y el factor dinámico, dado que la Constitución no contiene todas las respuestas a las situaciones sociales que van surgiendo en las sociedades. Así las cosas, la Constitución no busca abarcar supuestos facticos concretos, sino la totalidad de las relaciones sociales de manera global, permitiendo que se den interpretaciones extensivas o flexibles a los contenidos constitucionales que contrarían

⁷¹³ URIBE, E y CORREA, G. (2012). “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, en *Revista de derecho Universidad del Norte*, 38, p. 209

⁷¹⁴ CARPIZO, J. (2011), “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 131, p. 548.

⁷¹⁵ JELLINEK, G. (1991). *Reforma y mutación constitucional*, op, cit, p. 7.

las formas clásicas de interpretación.⁷¹⁶ Para SMEND las mutaciones constitucionales son una consecuencia misma de la Constitución y su naturaleza abierta.

Del mismo modo, SMEND percibirá la Constitución como una norma en constante mutación, dado al dinamismo y renovación que tienen las prácticas sociales, como la capacidad de regulación de la carta política para determinar las conductas sociales dentro del Estado, haciendo necesario que el intérprete adopte interpretaciones amplias y extensivas que articulen “el contexto normativo y social”.⁷¹⁷ El auto alemán reconocido exponente del método sociológico, entiende la Constitución como un proceso de integración. Así mismo la Constitución debe partir de una interpretación flexible que permite la adaptación de las normas constitucionales a la realidad social. Esto termina diluyendo el carácter normativo de la Constitución, ya que cualquier conflicto serio resuelto conforme la realidad vigente, eliminando cualquier limite interpretativo para el juez:

“Como consecuencia, desaparece la previsibilidad y con ella, la seguridad jurídica, porque 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.”⁷¹⁸

En todo caso para este autor la realidad determina el sentido del enunciado normativo. Veamos de la interpretación de enunciado normativo uno (E1) bajo la realidad uno (R1) significaría la norma uno (N1):

$$E1 (R1) = N1.$$

Mientras que de la interpretación de enunciado normativo uno (E1) bajo la realidad dos (R2) significaría la norma dos (N2):

$$E1 (R2) = N2$$

⁷¹⁶ SMEND, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 131- 133.

⁷¹⁷ VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, en GARCÍA, E. (Ed). *Weimar, el momento democrático de los modernos entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, p. 163

⁷¹⁸ VILA, I. (2021). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, p. 305.

El anterior silogismo implica que la norma siempre siga la suerte de los factores externos al enunciado normativo y sea la realidad quien defina el sentido de la norma. Lo anterior implica una suerte de maleabilidad que impide la certeza del significado del enunciado normativo.

Así las cosas, ante la incapacidad de la Constitución de regular todas las relaciones sociales con posterioridad a la creación del constituyente y el surgimiento de lagunas jurídicas, se hace imperioso que el texto constitucional tenga una condición de maleabilidad que permita su adaptación a las nuevas dinámicas. Como corolario, SMEND sustenta una teoría constitucional que busca integrar la Constitución a las realidades sociales, generando una diferenciación entre la interpretación ordinaria de aquella que es flexible, expansiva y elástica. De esta forma, la misma Constitución tiene elementos que permiten su propia transformación como cláusulas adaptativas de la realidad social.⁷¹⁹ 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”⁷²⁰

Posteriormente, HSÜ DAU-LIN, discípulo de SMEND, desarrollaría un poco más 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 que lo cambiante de la sociedad exige que las normas no sean estáticas, sino este en constante evolución.⁷²¹ También se hablará de mutaciones ilegítimas, cuando se desconoce la literalidad del texto o enunciado normativo para alterar el sistema constitucional. Lo anterior lo podríamos ejemplificar en el siguiente silogismo:

De la interpretación de 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):

⁷¹⁹ SÁNCHEZ, A. (2000). “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista española de derecho constitucional*, 20 (58), p. 123.

⁷²⁰ *Ibid*, p. 125.

⁷²¹ DAU LIN, H. (1998). *Mutación de la Constitución*, [Trad. VERDÚ, P y FÖRSTER, C]. Instituto Vaco de Administración pública, Oñati, pp. 163 y SS.

$$E1 (R1) = N1 \Rightarrow LitE1$$

Esto conlleva que el ejercicio interpretativo pueda tener variedad de opciones para el intérprete, limitando su ejercicio hermenéutico a la literalidad del texto. Es por ello que el juez constitucional podría adaptar la norma a la realidad social de una época siempre que ese sentido del enunciado normativo no contradiga el tenor literal del mismo. Así el juez deberá velar por escoger de los múltiples significados que tendría la norma, aquel que se ajuste en mayor medida a la realidad, pero además aquel que respete el componente gramatical del enunciado.⁷²²

Esta visión a diferencia de la sostenida por SMEND, fija como límites al intérprete el mismo tenor literal de la norma, subordinando al interprete a tenor gramatical del enunciado normativo y convirtiendo la realidad como un medio de interpretación accidental subordinado al primero. De cualquier modo, DAU- LIN 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 mientras no contravenga el tenor literal del enunciado.⁷²³

Ahora entonces, DAU- LIN se aparta un poco de las anteriores definiciones propuestas respecto del carácter formal de los cambios constitucionales, y señala que independientemente de las formas en cómo se da la modificación constitucional, la mutación se da cuando teniendo el mismo texto, este recibe una significación diferente. La anterior definición presentaría una contradicción que conlleva poner de manera contrapuesta la normatividad en cuestión y la realidad constitucional.⁷²⁴ El autor chino considera que existen mutaciones que no resultan ser constitucionales, cuanto 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 podría permitir la flexibilidad del significado de las normas, posibilitando que el texto tenga vigencia en el tiempo y se asegure su efectividad.⁷²⁵ Esto lleva a considerar que para DAU-LIN algunas

⁷²² *Ibid*, pp. 169- 174.

⁷²³ *Idem*.

⁷²⁴ *Ibid.*, pp. 163 y ss.

⁷²⁵ ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, en *Revista española de derecho constitucional*, 34(101), pp. 129- 130.

mutaciones son loables en el sistema jurídico, residiendo su carácter legítimo en la finalidad de conservar la perdurabilidad del texto constitucional como la no contradicción con la semántica propia de la norma.

Del mismo modo, DAU- LIN presenta una clasificación de las mutaciones constitucionales señalando: (1) las mutaciones que no vulneran ninguna norma constitucional, pero no existe regulación constitucional, esto conlleva que no existe norma que contradice materialmente la Constitución; (2) la imposibilidad en el ejercicio de competencia perdiendo vigencia las normas constitucionales; (3) las mutaciones como practicas contraria al texto constitucional que vulneran de forma directa la Constitución y; (4) la mutación que se genera de la interpretación constitucional al darse un alcance o significado diferente a las normas constitucionales.⁷²⁶ Explicaremos brevemente cada uno de los tipos de mutaciones:

En el primero de los casos planteados, se tratan de supuestos donde se da la inexistencia de una norma constitucional que regule el evento en particular. En todo caso para el autor chino este tipo de mutaciones no se dan por lagunas jurídicas, sino que se darán por la aparición de nuevas realidades jurídicas que no cuentan con sustento constitucional. En todo caso “No se modifica un determinado artículo de la Constitución, sino un principio de la Constitución resultante del sistema general de normas constitucionales”.⁷²⁷

En segundo lugar, las mutaciones constitucionales por la imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones previstas constitucionalmente, es decir, se da la imposibilidad de ejercer determinadas facultades constitucionales, ya que las mismas desconocen la realidad social y jurídica.⁷²⁸

En tercer lugar, las mutaciones constitucionales por medio de una práctica contraria a la Constitución, es decir, cuando la práctica social desconoce el tenor literal de la norma constitucional denominándose revisión material de la Constitución. En este punto, para el autor chino existen tres tipos de cambios materiales de la Constitución. El primero de ellos cuando la Ley de forma directa modifica un contenido constitucional haciéndolo expreso en su contenido. El segundo cuando se da cambios materiales tácitos, es decir, cuando se prevé

⁷²⁶ DAU LIN, H. (1998). *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁷²⁷ SÁNCHEZ, A. (2000). “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, *op. cit.*, p. 127.

⁷²⁸ *Ibid.*, pp. 127- 128.

modificar el contenido de una norma constitucional, pero expresamente no se señala su modificación; y finalmente, cuando se dan reformas materiales que se encuentran en clara contradicción con la norma constitucional, sin embargo no se verifica la misma en su aprobación.⁷²⁹

En cuarto lugar, la mutación constitucional por interpretación se dará cuando el operador jurídico realiza un ejercicio hermenéutico que atiende a las circunstancias sociales del momento en que se realiza la interpretación, pero no consultan el tenor literal de la norma, o el sentido que inicialmente le dio el constituyente a la norma.⁷³⁰

PALOMINO sobre lo dicho por HSÜ DAU LIN, presenta la siguiente clasificación a partir de la causa de su surgimiento: (a) Las mutaciones que surgen de la práctica estatal que no violan directamente la Constitución al omitir la aplicación de una norma; (b) Las mutaciones que acontecen de la imposibilidad de ejercer ciertos derechos; (c) Las mutaciones que surgen a partir de una práctica contradictoria de la Constitución sea mediante un 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.⁷³¹

DAU- LIN 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 hace evidente que nuevamente el argumento de actualización de las normas a la realidad social es el eje de las mutaciones de la Constitución. Lo anterior conlleva a que se contemplen las Constituciones como normas con vocación de perpetuidad, no susceptibles al cambio por las vías democráticas. DAU- LIN realiza un análisis de las normas constitucionales y 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.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 128

⁷³⁰ *Ibid.*, pp. 129- 130.

⁷³¹ PALOMINO, J. (2018). “¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?”, en SANTOS, I y SERNA, J, *La dinámica del cambio constitucional en México*, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 37- 38; DAU LIN, H. (1998). *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

2. En segundo término, si la Constitución y la realidad práctica divergen se darán las llamadas mutaciones constitucionales. Al respecto la interpretación constitucional será una de las formas a través de las cuales se dan las mutaciones constitucionales como lo podría ser 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.⁷³²

Las mutaciones constitucionales superan los procedimientos formales de reforma constitucional, no obstante, es un proceso que no tiene límites, controles o dirección alguna por tratarse de conceptos informales de reforma de la Constitución a través de los principios constitucionales. Por ello, se preceptuará el carácter mutable de los textos constitucionales, dado que el cambio en las condiciones sociales y fácticas a su vez permiten el cambio constitucional, reiterando la capacidad de permanencia del texto normativo y su vigencia para su aplicación⁷³³.

En todo caso, el autor chino diferencia entre mutaciones constitucionales desde el punto de vista formal y aquellas que son revisadas desde el punto de vista material. El primer tipo de mutación se trata de aquella cuya norma positiva no está acorde a la realidad constitucional, es decir, se diferencia el texto escrito de aquel que es válido. Por otra parte, se hablará de mutaciones materiales cuando la realidad estatal es diferente a las normas incorporadas en la Constitución.⁷³⁴

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 Constitución. Así la reforma se concibe como un mecanismo o procedimiento establecido

⁷³² VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, *op, cit*, pp. 164- 166.

⁷³³ URIBE, E y CORREA, G. (2012). “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, *op, cit*, p. 202.

⁷³⁴ VIDAL señalara al respecto: “De acuerdo con la naturaleza formal y material de la Constitución, puede haber también dos tipos de mutación: una formal (*Verfassungswandlung im formellen Sinne*), o mutación del propio texto de la Constitución si las normas positivas de la Constitución no son congruentes con la realidad constitucional, es decir, es distinto el texto constitucional escrito del efectivamente válido. Pero también puede hablarse de mutación constitucional material (*Verfassungswandlung im materiellen Sinne*), es decir, una transformación del sistema o de su significado, «cuando en la realidad de la vida estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema, incorporadas a la Constitución. Puede ser un instituto jurídico que no corresponde enteramente al sistema indicado en la Constitución, pueden ser circunstancias reales que impiden la realización de una intención declarada en las normas constitucionales». Es indiferente si esta realidad está en directa contradicción con determinadas normas constitucionales o si no se desprende del tenor literal de la Constitución.”, en VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, *op, cit*, p. 165.

por el constituyente como poder soberano para que los cambios constitucionales se realicen por las vías democráticas, constituyéndose 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 considera que las mutaciones constitucionales están implícitas en los contenidos normativos constitucionales dada su estructura de principios y su capacidad de regular situaciones en el futuro. Por ello, las normas constitucionales no tienen vocación de precisión, y por el contrario, buscan ser adecuadas a la realidad fáctica. Para el autor alemán las mutaciones tienen una connotación positiva, por cuanto impiden el desuso de las normas constitucionales que conlleva a 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”.⁷³⁵

Esta idea encuentra que las Constituciones de contenido principial buscan que la actualización del texto constitucional se dé por cauces diferentes a los democráticos y que, por el contrario, sean los poderes constituidos los encargados de realizar las modificaciones a los textos constitucionales de manera informal. No obstante, en constituciones democráticas con modelos débiles de reforma constitucional al poder constituyente, deberán adoptarse un modelo normativo de reglas que impidan los cambios por vías informales ante

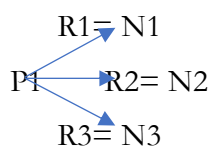
⁷³⁵ HELLER, H. (1971). *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura económica, México, p. 277.

el carácter vago, amplio e inclusive ambiguo de los principios jurídicos contenidos en la Constitución. Como bien indica Heller los cambios constitucionales evocan relaciones de poder⁷³⁶ y en este caso del poder soberano que crea y modifica la Constitución. Se preceptuará como las mutaciones constitucionales se tratan de un cambio del sentido o significado atribuido a la norma por parte del constituyente originario al momento de la creación constitucional.⁷³⁷

Nuevamente se acudiría al argumento de la actualización de la norma a la realidad social, sin embargo, el autor presentara una visión descriptiva de la tipología de normas predominantes en las Constituciones, lo que hace que dichas cláusulas ante su vaguedad hayan sido establecidas intencionalmente para que las actualizaciones se dieran desde los poderes constituidos. En todo caso, en un sistema de reglas la teoría de Heller se vería sin fundamento, dado que el mismo constituyente a través del establecimiento de determinadas tipologías normativas impediría la actualización de manera informal. En todo caso, el autor alemán intenta explicar las mutaciones constitucionales desde un factor externo como lo es 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 los planteado por otros autores, Heller hace énfasis especial en los principios como normas que permiten la adaptación del sistema jurídico a las realidades sociales. Es por ello que las mutaciones devienen de la misma interpretación del principio jurídico a un caso específico que haría mutar las demás normas constitucionales o infra constitucionales.

En todo caso el principio jurídico uno (P1) puede ser interpretado conforme a la realidad uno (1), dos (2) y (3), arrojando la norma uno (N1), dos (N2) o tres (N3).



⁷³⁶ *Ibid.*, p. 278.

⁷³⁷ MASAPANTA C, (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente*, Tesis doctoral, Universidad andina Simón Bolívar, Quito, p. 38.

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, constituyéndose en una tesis ecléctica respecto de los límites a la interpretación de la Constitución, teniendo en cuenta tanto factores internos y 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 a través de los principios jurídicos. De allí que los mecanismos de reforma no sean necesarios para la actualización del texto a las nuevas realidades ya que los principios jurídicos son el medio normativo para su adaptación a la realidad. 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. Entenderíamos como límite la expresa voluntad del constituyente a establecer norma tipo de regla que por su carácter concreto y definido impida cualquier mutación constitucional.

2.3. Las mutaciones como normalidad y normatividad: la visión de Heller.

HELLER busco distinguir entre aquella Constitución normada y aquella que no lo es, es decir, entre normatividad y normalidad, entendiendo que la Constitución tiene un componente estático, pero también dinámico que ocasiona una constante tensión entre el ser y el deber ser del texto supremo, generándose diversos cambios a través de la interpretación constitucional y transformando el sentido del texto o enunciado normativo.⁷³⁸

Normatividad+ Normalidad= Constitución

De esta forma, los principios jurídicos son los medios para que el texto constitucional se actualice de manera constante y se genere esa sinergia entre la normalidad como realidad práctica, y normatividad como Constitución.⁷³⁹

⁷³⁸VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, *op. cit.*, p. 160.

⁷³⁹ “En el marco conceptual de Heller, esa relación entre normalidad y normatividad, en permanente tensión, puede provocar distintos modos de transformación constitucional. En primer lugar, estarían las modificaciones derivadas de una falta de concreción de la norma constitucional, que permite diversas interpretaciones. Los

A partir de estas primeras ideas, HELLER indica que las mutaciones constitucionales tienen como devenir una conexión entre “normalidad y normatividad”. La normalidad entendida como aquellas costumbres de la sociedad o la realidad social misma y, por otra parte, la normatividad entendida como Constitución en sentido estricto. Por ello, no es posible hablar de normatividad sin encontrar una estrecha conexión con la normalidad, ya que sin esta conexión se hablaría de un orden jurídico sin ningún tipo de eficacia. Así, la abstracción de las normas constitucionales a través de normas tipo principio permite que la Constitución siga viva y permita su adecuación a las realidades sociales mediante la interpretación del operador judicial, tratándose de tener una Constitución viva que se adapta al dinamismo de la sociedad.⁷⁴⁰ Al respecto indica el autor alemán:

“Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden ser la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución. La Constitución política solo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución solo es posible debido a que los partícipes consideran a esa ordenación y a esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan, ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente, ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente por norma autónomas o heterónomas.”⁷⁴¹

Por lo general, las mutaciones se dan cuando el operador judicial modifica el sentido semántico de una norma, estableciendo una nueva interpretación del texto vigente. Sin embargo, también se presentarán mutaciones mediante la validación jurisdiccional de las mutaciones constitucionales que conlleva acoger una propuesta interpretativa que genera un cambio en el significado inicialmente previsto de la norma constitucional, siendo en este caso el operador judicial el único que puede avalar una interpretación de los demás poderes públicos. Es por ello que, en la capacidad de desarrollo de la Constitución, los poderes

elementos normados no jurídicos serían los «principios», que no tienen contenido preciso, y que pueden evolucionar y de este modo transformar la Constitución. Este sería un modo de cambio o mutación constitucional: una modificación del contenido concreto de los principios que se enuncian de modo genérico en el texto constitucional.”, en VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁴⁰ HELLER, H. (1971). *Teoría del Estado*, *op. cit.*, pp. 267 y 268,

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 269.

públicos se encuentran en constante expedición de normas que son una interpretación misma del texto supremo, conllevando que sea el poder judicial sea el encargado de velar por la garantía de la Constitución, pudiendo avalar o no el significado determinado por los poderes constituidos. Así las cosas, el juez constitucional es el encargado de avalar o no determinadas interpretaciones de los demás poderes públicos en aquellos sistemas donde impera un control fuerte de constitucionalidad.⁷⁴²

Finalmente, HELLER indica que la Constitución puede ser transformada de distintas maneras. Primero por el cambio de los elementos normados no jurídicos como lo son los principios o a través de mutaciones que modifican los elementos normados. En todo caso, para el autor alemán los principios jurídicos son aquellos elementos que permiten la evolución y transformación de los contenidos normados de la Constitución.⁷⁴³ En todo caso, el sistema constitucional se encuentra en permanente adaptación a la normalidad de las realidades sociales a fin de preservar la Constitución y su fuerza normativa.

De lo revisado podríamos señalar que HELLER antepone la realidad social al carácter normativo de la Constitución, entendiendo que una Constitución debe ser eficaz y en consecuencia, los poderes públicos deberán confrontar la norma a partir de la realidad social existente al momento del proceso hermenéutico. Esta posición conlleva escenarios de menor limitación a la interpretación constitucional prevaleciendo la realidad social sobre la normatividad. Esto conlleva a que el intérprete se vea abocado a desconocer el tenor literal de la norma cuando la realidad no concuerde con esta. En todo caso, la búsqueda de la efectividad de la norma permite que la posición teórica se sustente en el carácter normativo de la Constitución siempre y cuando, la misma corresponda a la realidad.

2.4. Las mutaciones constitucionales como modificaciones internas de las disposiciones jurídicas: la visión de HESSE.

HESSE señala como al texto Constitucional se deberá integrar la realidad mediante la interpretación judicial, constituyendo el ejercicio hermenéutico en un acto creativo vinculado a la norma o una norma subyacente a la norma principal.⁷⁴⁴ En todo caso, el intérprete se

⁷⁴² ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁴³ HELLER, H. (1971). *Teoría del Estado*, *op. cit.*, p. 271.

⁷⁴⁴ HESSE, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, pp. 40- 41.

encuentra limitado al mismo texto constitucional aplicando los principios de concordancia práctica, corrección funcional⁷⁴⁵, efecto integrador y fuerza normativa de la Constitución, no obstante siempre el texto será un límite a este. 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. Es de esta manera que la interpretación nunca podrá vulnerar el propio texto constitucional.⁷⁴⁶ La visión plateada refleja una teoría de la interpretación de naturaleza objetiva que tiene como límite el sentido mismo de la norma, más no la voluntad de la autoridad creadora del texto.⁷⁴⁷ Sin embargo explica VILA sobre las posibilidades de cambio sustanciales:

“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.”⁷⁴⁸

HESSE 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 evadiendo tesis que propugnan por entender que los cambios de la norma vienen desde factores externos a la misma. Esta teoría entiende que la Constitución es un texto abierto a los múltiples cambios que tenga la sociedad, sea por eso el amplio catálogo de cláusulas indeterminadas que permiten conciliar norma y realidad en una misma esfera cumpliendo una función estabilizadora del orden social.⁷⁴⁹

Ahora bien, la realidad social es integrada a la norma mediante la concretización del precepto a un caso particular siendo la interpretación de la Constitución el medio para ello. Por eso

⁷⁴⁵ De esta manera HESSE ha señalado sobre el principio de corrección funcional: “si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre el legislador y el tribunal constitucional, puesto que al tribunal constitucional solo le corresponde frente al legislador, una función de control, le está vedada una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución (...)”. En HESSE, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*, op, cit, p. 47

⁷⁴⁶ VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, op, cit, p. 168.

⁷⁴⁷ VILA, I. (2021). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, op, cit, p. 295.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 296.

⁷⁴⁹ HESSE, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*, op, cit, pp. 18- 19

toda mutación constitucional nace desde la misma norma constitucional y, por el contrario, no puede venir de una norma extra sistémica, siendo la concretización de la norma en un momento histórico particular aquello que posibilita el cambio del contenido o significado de la misma, pero advirtiéndole que siempre la modificación se da desde el ámbito normativo o interno del precepto.⁷⁵⁰ Conforme esta teoría los límites a las mutaciones constitucionales es el mismo texto normativo fijándose un límite interpretativo para el operador jurídico que no podrá desbordar los cánones propios de la interpretación, evitando la contradicción entre la mutación y el tenor literal del texto.⁷⁵¹

Las mutaciones constitucionales a través de la teoría de la concretización de la norma, entiende que el operador jurídico debe darle un significado al enunciado normativo conforme la realidad social y fáctica del momento en que se interpreta la misma. Así se explica que la Constitución tiene un carácter vivo y dinámico que evoluciona conforme las dinámicas de la sociedad. HESSE 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.”⁷⁵²

De la misma manera, Hesse 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 responda 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

⁷⁵⁰ *Ibid.*, pp.106- 119.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 109

⁷⁵² *Ibid.*, p. 28.

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).⁷⁵³

Lo señalado por HESSE implica dos elementos centrales: el primero de ellos, la modificación del significado de la norma sin modificar su texto literal; y por otra parte, 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, pero si toda mutación lleva consigo una ideología propia de la interpretación, buscando una interpretación limitada del texto constitucional que impida su modificación o ruptura.⁷⁵⁴

2.5. Las mutaciones constitucionales como vicios de la interpretación: HABERLE, LIERN, BÖCKENFÖRDE y DA SILVA.

HABERLE señala como las mutaciones constitucionales se dan a través de la interpretación de la Constitución, modificando el sentido de la norma sin modificar de forma expresa el texto normativo. Es claro para el autor como las mutaciones constitucionales tienen una estrecha relación con el método de interpretación que se utilice al momento de descifrar el sentido de una norma constitucional. Los métodos de interpretación producirán una regla de preferencia sobre un momento histórico particular, es decir, si se usa la interpretación histórica se estará remontando a los orígenes o momentos de creación constitucional, mientras que si se da una interpretación objetiva, lo que se consigue es llevar la norma al momento histórico en donde se está realizando el ejercicio hermenéutico de la misma.⁷⁵⁵

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, como a su vez se aparta de las teorías dinámicas fundamentadas en la conexión entre el derecho y la realidad. Para la

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 65

⁷⁵⁴ ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁵⁵ HABERLE, P. (2003), *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 62.

tesis interpretativa de las mutaciones constitucionales, la realidad social pasa a un segundo plano, siendo el factor hermenéutico la pieza central de las mutaciones.⁷⁵⁶

HABERLE 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 de ninguna manera pueden ser entendidas como una normalidad dentro del sistema constitucional, ya que rompería con el principio de fuerza normativa de la Constitución, incurriendo en criterios hermenéuticos en contra de la Constitución misma. En este punto, solo resultan ser aceptables y legítimas aquellas interpretaciones que se encuentren acordes al componente semántico de la norma como al sentido teleológico de la misma.

En todo caso, las mutaciones legítimas resultan ser poco usuales debido a la evasión del componente democrático que en sí mismo encierra el concepto de reforma o cambio constitucional. Lo anterior preceptúa que las mutaciones a *prima facie* sean inadmisibles, sin embargo, si las mismas responden a la semántica y finalidad de la norma, la mutación sería admisible.⁷⁵⁷ Esto implica que solo sean legítimas aquellas interpretaciones que consultan el texto normativo, pero también el sentido de la norma como la voluntad creadora originaria.⁷⁵⁸ Esta teoría conlleva que existan límites a la interpretación constitucional y en consecuencia, a las mutaciones constitucionales, siendo quebrantamientos y rupturas constitucionales aquellas modificaciones informales a la Constitución que generen una ruptura a la semántica propia de la norma como a su finalidad.⁷⁵⁹

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 que inexorablemente lleva a que los contenidos constitucionales muten mediante ejercicios interpretativos. Al respecto BÖCKENFÖRDE critica lo sostenido por Haberle dado que la interpretación del texto constitucional siempre

⁷⁵⁶ LÓPEZ, C. (2007). “La mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites”, *Tesis de Doctoral*, Universidad Carlos III de Madrid, p. 109.

⁷⁵⁷ STERN, K. (1987). *Derecho del Estado de la república federal alemana*, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, p. 338.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 303- 304.

⁷⁵⁹ LÓPEZ, C. (2007). “La mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites”, *op. cit.*, p. 111.

se encuentra sometida a una elite de jueces bajo argumentos políticos, siendo los tribunales constitucionales un órgano legitimador del cambio constitucional por vías no democráticas.⁷⁶⁰ En todo caso, para HABERLE la interpretación de la Constitución es una interpretación sociológica que consulta las realidades sociales, entregando facultades creativas a los jueces constitucionales.

En una segunda línea doctrinal, LIERN señala que la mutación Constitución es un acto trasformador de naturaleza revolucionaria que pone en entredicho el tenor literal de la norma.⁷⁶¹ 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.”⁷⁶²

La interpretación constitucional por tanto debe desarrollarse bajo un criterio de autoridad que respete la voluntad de poder soberano plasmado en el texto constitucional, siendo 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 de cara al poder constituyente, en tanto desconocería su voluntad

⁷⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, editorial Trotta, Madrid, pp. 193 y ss.

⁷⁶¹ ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 149.

soberana y creadora del ordenamiento jurídico. Ello implicaría sin dudas que el poder constituido asuma funciones de poder constituyente de forma ilegítima. De esta manera las facultades creadoras que pudiesen 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 que resulta ser arbitraria y contraria al ordenamiento jurídico preexistente. Esto conlleva que la creación normativa por parte de los tribunales constitucionales sea subyacente a una interpretación que determine un significado que no está implícito en el enunciado normativo.⁷⁶³

Bajo este razonamiento, la realidad social como elemento de la interpretación constitucional que permite las mutaciones constitucionales se ve contrapuesto al sistema democrático, dado que legitima un accionar contra la misma constitución y burla los procedimientos democráticos para el cambio constitucional.⁷⁶⁴

Sin embargo, el autor trata de flexibilizar el concepto de mutación constitucional a aquellas interpretaciones que son incompatibles con la literalidad del texto constitucional, mientras que defenderá la validez de aquellas interpretaciones que por su propia naturaleza sean transformadoras, adaptativas o evolutivas de las normas constitucionales, siendo estos casos un resultado propio del proceso hermenéutico. Así las cosas, la interpretación constitucional tiene sendos límites que evocan la defensa de la voluntad popular que en caso de ser desbordados terminarían desembocando en una ilegítima mutación constitucional.⁷⁶⁵

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 hacen necesaria su adaptación a las nuevas realidades históricas.⁷⁶⁶

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 obedecen a

⁷⁶³ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del tribunal constitucional”, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁶⁵ ROLLNERT, (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 150.

⁷⁶⁶ FERNÁNDEZ, F. (2013). “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución”, *Revista de las cortes generales*, 89, p. 22

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.⁷⁶⁷ En todo caso, las mutaciones de la Constitución también se sustentan en la teoría del árbol vivo, conllevando que las normas constitucionales sean elásticas y se adapten siempre a las realidades que se presentan en el momento de la interpretación.⁷⁶⁸

Es de esta forma que se propone que la misma Constitución constituya límites al ejercicio interpretativo de los jueces constitucionales, partiendo del establecimiento de un formato de disposición normativa tipo regla, como también el establecimiento de métodos interpretativos que guíen la labor del intérprete de forma restringida. 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.⁷⁶⁹ No obstante, los tres eventos señalados pueden subsumirse en la interpretación judicial dado que a través de la interpretación judicial las normas se adaptan a las realidades sociales como la práctica judicial se ejerce desde la misma hermenéutica jurídica.

Por otra parte, las mutaciones constitucionales de ninguna manera podrán ser asimiladas 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, lo amplios márgenes interpretativos posibilitan que las mutaciones constitucionales sean convalidadas por los tribunales constitucionales y terminen convirtiéndose en poderes constituyentes de facto.⁷⁷⁰ Existe una conexión correlacional entre interpretación y mutación, por cuanto la interpretación se constituye en la forma de limitar las mutaciones constitucionales, haciendo necesario que a su vez se establezcan límites a la función interpretativa.

⁷⁶⁷ TRAJTMAN, L. (2007). “Derecho vivo y mutación constitucional”, *Revista Jurídica “docencia et investigatio” Facultad de Derecho y ciencia política U.NM.S.M*, 9 (1), p. 116

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 116

⁷⁶⁹ GONZÁLEZ, R. (2022). “La mutación constitucional: un tema polémico”, en *Ratio Legis*, 2 (3), p. 78.

⁷⁷⁰ ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 152.

En la misma línea de pensamiento, DA SILVA entiende que pese al carácter dinámico de la sociedad, los operadores jurídicos se encuentran limitados por el principio de vinculación constitucional, impidiendo que una práctica jurídica que no coincide con la Constitución pueda ser catalogada como una mutación. Ahora entonces el autor brasileño presenta una conceptualización de las mutaciones constitucionales ligadas al poder constituyente que implica que el poder originario pueda delegar la función constituyente a órganos o poderes constituidos tratándose de una Constitución rígida como también móvil debido a la posibilidad de que los poderes constituidos puedan modificar la Constitución, pero a través de vías democráticas.⁷⁷¹

Ahora entonces, la relación entre mutaciones constitucionales e interpretación constitucional se encuentra dirigida a una realidad epistémica que buscaría entender y conocer una realidad social ya creada. Por ello, la interpretación constitucional no pueda producir mutaciones, en cuanto lo que se busca es conocer un objeto epistémico creado por el constituyente. Explica con todo 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.”⁷⁷²

De la misma manera se habla de una interpretación extensiva cuando a la norma no se modifica su sentido, pero sí su alcance. Por otra parte, desde una visión cognitivista de la interpretación también existirán interpretaciones incorrectas que resultan ser

⁷⁷¹ DA SILVA, J. (1999). “Mutaciones constitucionales”, en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 1, s.p. recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5561/7207>

⁷⁷² *Ídem*.

inconstitucionales al modificar el texto constitucional, tratándose de un resultado contrario al esperado por el constituyente.

DA SILVA señalará sobre como los límites a las interpretaciones constitucionales serán desbordados desde el desconocimiento del principio de supremacía constitucional que conlleva que la Constitución política sea desconocida dadas las circunstancias fácticas o de hecho de la sociedad. Ahora entonces como limite a las mutaciones constitucionales que se convierten en prácticas recurrentes de los operadores judiciales, estas deberán ser avaladas vía normativa mediante los cánones democráticos, o ser desconocidas por ser contrarias al sentido primigenio otorgado por el pueblo.⁷⁷³ 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 señala que se pueden considerar como mecanismos de mutaciones válidas: (1) los Actos de complementación constitucional; (2) de la interpretación y la construcción; (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 directa relación con los mecanismos de reforma constitucional y 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 tratarán de Constituciones que por su propia naturaleza serán constituciones mutables o maleables que se actualizan permanentemente por los poderes públicos; mientras que las constituciones rígidas, entendidas como aquellas que tienen procedimientos agravados para la modificación de sus textos, tienen una mayor dificultad a los cambios constitucionales, siendo voluntad del constituyente que su vocación sea más larga en el tiempo.⁷⁷⁴

Hablando del cambio constitucional, la modificación del texto se puede dar por cauces formales y no formales. En los cauces formales se habla de la modificación de la Constitución

⁷⁷³ *Ídem.*

⁷⁷⁴ *Ídem*

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 tiene en cuenta los términos reforma, enmienda y revisión constitucional. La enmienda ha sido conceptuada como aquella modificación del texto que no afecta elementos esenciales del texto constitucional, mientras que la revisión trata de la modificación a estos elementos.

Las mutaciones constitucionales pueden tener varias dimensiones a raíz del ejercicio de la actividad del Estado, implicando que los distintos poderes públicos desarrollen actividades tendientes a constituir mutaciones constitucionales que flexibilizan el principio de rigidez constitucional que transforman la norma constitucional. Entre estas actividades estatales encontramos:

- a. El desarrollo legislativo de la dimensión constitucional como ejercicio de mutación constitucional que implica que las normas legales puedan contrariar la constitución, dándose un cambio por vía legislativa⁷⁷⁵. Ahora entonces, en paradigmas constitucionales como el NCL con un ejercicio de un control fuerte de constitucionalidad, este tipo de mutaciones podrán ser controladas a través de los tribunales constitucionales, pero a su vez se podrá dar el aval de estos mismos tribunales a normas que sean abiertamente contrarias al texto constitucional.
- b. La interpretación trasformadora de la Constitución cuando se da a través de la actividad jurisdiccional que deben interpretar las normas constitucionales o en el ejercicio del control de constitucionalidad, dándosele un significado diferente al originalmente previsto por el legislador. De esta manera, las interpretaciones son dadas sin tener en cuenta la voluntad del constituyente, abarcando una dimensión no prevista por el pueblo al momento de la creación constitucional.

Bajo esta línea de pensamiento, las mutaciones constitucionales son modificaciones sustanciales al 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 de manera intencional.

⁷⁷⁵ JELLINEK, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*, op, cit, p. 6

De esta forma, las mutaciones constitucionales representan una alteración del significado propuesto por el constituyente a raíz de cambios externos a la norma, tratándose una modificación informal.⁷⁷⁶

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 dan 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 manera 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.”⁷⁷⁷

La mutación constitucional deviene primordialmente del cambio del sentido de una norma a través de una interpretación que en muchos casos resulta ser contraria al tenor literal del texto superior.⁷⁷⁸ Podrán darse dos situaciones frente a este tipo de mutaciones y es que pueden existir mutaciones que afecten de forma directa el sentido de una disposición constitucional como a su vez interpretaciones que avalen un acto normativo de otro poder público. Por ello se deberá diferenciar las mutaciones producidas a través de las prácticas judiciales y aquellas que aprueban una norma que es contradictoria con el contenido de la Constitución.

Las mutaciones de la Constitución subyacen de la interpretación que emite el juez constitucional, empero los procedimientos de interpretación resultan ser artificiosos en muchos casos teniendo como presupuesto los métodos de interpretación para obtener una determinada respuesta que esperaba el órgano creador del texto normativo. No obstante, en muchas ocasiones los ejercicios hermenéuticos recaen en aspectos subjetivos y abstractos que impiden que sea tomada en cuenta la voluntad creadora. Así, los ejercicios interpretativos

⁷⁷⁶ GONZÁLEZ, R. (2022). “La mutación constitucional: un tema polémico”, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 68

tienen verdaderas facultades creadoras de derecho que vienen a ser concretizadas en las mutaciones de la Constitución.⁷⁷⁹

Una tercera línea más crítica liderada por BÖCKENFÖRDE ha dispuesto como la interpretación constitucional debido a los múltiples métodos extra sistémicos, como lo podrían ser el carácter integrador, creador y concretizador del derecho, han posibilitado el desborde de los límites mismos de la interpretación, generando una ruptura de 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 subjetivismos que pudiesen generar una constante dinamicidad del texto constitucional, contraviniendo la fuerza normativa del texto como el principio de soberanía popular plasmando por las vías democráticas las reglas de una sociedad.

Del mismo modo, el autor alemán explica el concepto de mutación constitucional desde tres aristas conceptuales: (1) desde un punto de vista dogmático, entendiendo que las realidades sociales superan los sentidos normativos del texto constitucional. Así 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 él cambió no puede devenir desde un aspecto normativo, siendo este último un elemento propio de la reforma; (4) él cambio obedece a un punto de vista interno de la norma que construye una nueva forma normativa, pero siempre desde el significado de la norma; Finalmente, (5) el cambio se da de forma tácita.⁷⁸⁰ Con todo, se hace necesario establecer métodos de interpretación de forma previa al ejercicio interpretativo de los jueces constitucionales, teniendo como finalidad 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 la competencia de forma directa a estos para el cambio constitucional de forma tácita. En efecto se expone:

⁷⁷⁹ TRAJTMAN, L. (2007). "Derecho vivo y mutación constitucional". *op. cit.*, p. 115.

⁷⁸⁰ BÖCKENFÖRDE, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, editorial Trotta, Madrid, p. 181.

“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?”⁷⁸¹

En todo caso, la interpretación constitucional debe tener sendos límites que eviten las mutaciones constitucionales como patología que desconoce los mecanismos democráticos del cambio constitucional. En cualquier caso, la misma Constitución sirve como un límite mismo al interprete constitucional que ya no se encuentra sustentada exclusivamente en los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa, sino por el elemento político que implica el poder constituyente. No puede perderse de vista como la función de los tribunales constitucionales se concentra en la defensa, vigencia, eficacia y supremacía de la Constitución,⁷⁸² mas no en el cambio del texto constitucional que usurparía la función propia del poder constituyente, olvidando su papel de poder constituido subordinado a la voluntad popular. Al respecto es importante cita lo dispuesto por VIDAL:

“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 significados o sentidos diferentes al texto, sin contradecirlo, y este tipo de mutaciones constitucionales sí serían admisibles.”⁷⁸³

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 196.

⁷⁸² Véase como la noción de supremacía constitucional se encuentra consagrado en el art. 4 de la Constitución Política de Colombia que generan un límite a las demás normas del ordenamiento jurídico: “Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infra constitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum.” (*Corte Constitucional, sentencia C- 415 de 2012*).

⁷⁸³ VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, *op. cit.*, 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.⁷⁸⁴

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 este método de interpretación, 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 a fin de adaptar el texto a las nuevas realidades sociales. Lo anterior 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 ésta, y pueden surgir nuevas contradicciones que lleven al intérprete a modificar el significado (la norma) inicialmente atribuido a una disposición.”⁷⁸⁵

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

⁷⁸⁴ EZQUIAGA, F. (2012). *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, México, pp. 40- 42.

⁷⁸⁵ EZQUIAGA, F. (2012). *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, *op. cit.*, pp. 44.

explorado en antelación, sin embargo, tendrá como límite el propio texto constitucional como un objeto de naturaleza cognoscitiva.⁷⁸⁶

Lo anterior, fortalece la idea de delimitar una metodología exclusiva de la interpretación constitucional que evite los cambios constitucionales no sometido a los 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 de acoger o abordar un nuevo campo interpretativo, residiendo en la subjetividad del intérprete el sentido que se le quisiera dar a la norma.

Finalmente, lo revisado denota que las mutaciones constitucionales subyacen de la interpretación de la Constitución a partir de elementos extra sistémicos como la realidad social o el uso de determinado método de interpretación que podrá ser sistémico o extra sistémico. En todo caso consideramos que la interpretación como ejercicio hermenéutico que arroja distintos significados sobre un enunciado jurídico se encuentra sustentado 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 plasmado en la Constitución.⁷⁸⁷

A pesar de que la motivación pueda constituirse en un límite a la creación normativa por parte de los jueces, que permite identificar los argumentos jurídicos bajo el cual se da significado a una norma y se determina la razonabilidad de las decisiones. Es menester, delimitar y legitimar la función interpretativa de los jueces constitucionales a fin de evitar la modificación del texto constitucional a través de las mutaciones constitucionales. Los límites externos a la interpretación de los jueces determina la utilización de criterios para que el juez adopte una decisión interpretativa acorde a la voluntad constituyente.⁷⁸⁸

Ahora entonces, en diseños constitucionales que acogen una metodología propia de la interpretación puede presentarse contradicciones entre los métodos, haciendo necesario establecer un catálogo de subreglas para su aplicación. Esto conlleva diseños más elaborados

⁷⁸⁶ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, p. 44.

⁷⁸⁷ STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 40.

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 vimos el concepto de mutación es correlacional al de reforma constitucional, entendiendo que la mutación se trata de una modificación informal de la Constitución, en cuanto la norma conserva el mismo texto, pero obtiene un significado diferente. Para DE VEGA las mutaciones constitucionales son una forma de cambio de las normas constitucionales sin someterse al trámite previsto en la tipología de mecanismos de reforma contempladas por el constituyente.⁷⁸⁹

PALOMINO señala que la diferencia entre mutación y reforma constitucional se centra en que la primera se trata de una modificación no formal sin seguir los procedimientos agravados que no están acompañados de voluntariedad o conciencia al momento de la modificación del sentido del texto; mientras que en el segundo caso se trata de una modificación con voluntariedad o sentido.⁷⁹⁰

Al respecto las mutaciones constitucionales tienen una relación directa con la doctrina norteamericana del “*living constitution*” dado que el carácter mutable o modificable del sentido de la norma constitucional a su vez garantiza la permanencia de la Constitución en el tiempo, permitiendo que la norma este actualizada conforme las realidades sociales y fácticas del momento del ejercicio hermenéutico por parte de su interprete. Es por ello que la interpretación de la Constitución sea el medio para la producción de las mutaciones constitucionales⁷⁹¹

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, compartiendo identidad de finalidades respecto de la reforma

⁷⁸⁹ DE VEGA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, editorial Tecnos, Madrid., p.179.

⁷⁹⁰ PALOMINO, J. (2018). “¿Reforma, mutación y enmienda constitucional?”, *op, cit*, p. 374.

⁷⁹¹ FERNÁNDEZ, F. (2013). “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución”, *op, cit*, pp. 25 y ss.

constitucional. Sin embargo, en el caso de las mutaciones constitucionales el enunciado normativo no se ve modificado, sino lo que se altera es el significado del mismo.⁷⁹²

Tanto reforma como mutaciones constitucionales implican una adaptabilidad del texto constitucional a unas circunstancias sociales e históricas de la sociedad. 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 señalado por el orden jurídico,⁷⁹³ que además gozará de legitimidad al ser establecido por el constituyente como un mecanismo de cambio constitucional. De este modo, las mutaciones constitucionales se enmarcan dentro de una continuidad interpretativa que no exige que se haga explícito la actitud de cambio de la norma.⁷⁹⁴

Ahora entonces, el proceso de reforma implica la aptitud de competencia del órgano que realiza el proceso de cambio que no se da en las mutaciones constitucionales. En el caso de la reforma constitucional se conciliará el principio de soberanía popular que permite adelantar el cambio constitucional conforme 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.⁷⁹⁵ MULINO 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.”⁷⁹⁶

Ahora bien, CARPÍZO establece que el cambio informal o la mutación constitucional se puede dar 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 de los actos normativos emanados de los poderes constituidos,

⁷⁹² DE VEGA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op, cit, p. 180.

⁷⁹³ MULINO, M. (2018) “La mutación constitucional”, *Anuario*, 41, p. 67

⁷⁹⁴ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, op, cit, p. 43.

⁷⁹⁵ DE VEGA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op, cit, p. 60

⁷⁹⁶ MULINO, M. (2018) “La mutación constitucional”, op, cit, pp. 68- 69.

haciendo necesario que se adopte una interpretación adecuada de la carta suprema; mientras que 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.⁷⁹⁷ Así las cosas, las funciones del tribunal constitucional son de naturaleza jurisdiccional debiendo de ser motivadas,⁷⁹⁸ mientras que las del órgano revisor al ser decisiones de índole política no requieren de argumentación alguna⁷⁹⁹.

Así mismo la mutación constitución es transversal a la reforma de la Constitución en tanto cuando el texto constitucional tenga facilidades para su reforma menores mutaciones se presentarán.⁸⁰⁰ 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 original, en cuanto la necesidad de adaptar la norma a la realidad social conlleva un ejercicio interpretativo en el que el juez contemple las dinámicas propias de la vida sociales y lo lleve a la creación de derecho.⁸⁰¹ La mutación a través de la interpretación cercena las diferencias entre creación y aplicación del derecho que subvierte el principio democrático al no existir una verdadera diferencia de funciones entre los poderes públicos,⁸⁰² agravándose cuando se asumen funciones de poder constituyente.

⁷⁹⁷ CARPIZO, J. (2009). “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 12, pp. 26 y ss.

⁷⁹⁸ FERRAJOLI, L. (2016) “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *op. cit.*, p.85; De la misma manera TARUFFO señala: “La primera cuestión es que, a pesar de que se debe conducir la investigación en el sentido de considerar a la motivación como un fenómeno esencialmente jurídico, es necesario integrar las definiciones tradicional- mente propuestas en esta perspectiva, reconstruyendo la estructura de la motivación de una manera más amplia y articulada, que nos permita incorporar en ella también aquellos aspectos del fenómeno que han sido usualmente excluidos de la investigación jurídica (la cual, precisamente a causa de esa exclusión, ha terminado por tener una relevancia bastante precaria). Tales aspectos pueden reconducirse, en una síntesis extrema, a dos filones principales: el que atañe a la particular estructura lógica que debe tener un determinado conjunto de aserciones realizadas por el juez para que pueda cumplir el papel de motivar la sentencia, y el de la colocación funcional que, al interior de esa estructura, tiene el momento axiológico, es decir, el papel jugado por los juicios de valor que el juez necesariamente cumple en el camino que lo conduce a la decisión, y que deben ser expresados, y a su vez justificados, en el momento en el cual la decisión misma es justificada.”, en TARUFFO, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*, [Trad, CORDOVA, R], Tribunal electoral del poder judicial de la Nación, México, p. 15.

⁷⁹⁹ CARPIZO, J. (2009). “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *op. cit.*, pp. 397-398.

⁸⁰⁰ TRAJTMAN señalara al respecto: “Siendo que el ordenamiento jurídico nacional no es sometido tradicionalmente a la reforma (recientemente un proceso de reforma total por el Congreso fue paralizado), las mutaciones constitucionales, irán ganado terreno, y aparecerán como mecanismos de solución a esa necesidad imperante de adaptar las constituciones a las realidades históricos”, en TRAJTMAN, L. (2007). “Derecho vivo y mutación constitucional”. *op. cit.*, p. 113.

⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁰² CARACCIOLO, R. (2022). “¿Existe la Constitución? - Un comentario acerca de las funciones de los jueces constitucionales”, en RIBERI, P y SALAZAR, P (Dir), *Decisión democrática y forma constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas, p. 64.

Desde nuestra opinión, las mutaciones constitucionales constituyen una falla del sistema que impide que la Constitución se actualice conforme los cánones y procedimientos democráticos, haciendo ilegítimo el cambio constitucional por las vías informales. Así mismo, 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 por parte del juez.

Recordemos que para DE VEGA, la noción de poder constituyente se encuentra estrechamente ligada al poder político. En primer término, en razón a que debe concebirse al pueblo como poder soberano de carácter ilimitado, dado que la noción misma de soberanía implica que se trate de un poder absoluto. Mientras que también se hablara de su imposibilidad como mecanismos limitadores del poder, cuando la misma no se integra a la noción de contrato social. Por ello, una visión histórica del poder constituyente reducía este concepto al momento de creación de la Constitución siendo difuminado por el principio de supremacía constitucional que entiende la fuerza soberana del poder constituyente en su creación, transformándose la soberanía política en cabeza del pueblo a una soberanía jurídica.⁸⁰³

En todo caso a fin de integrar la noción de soberanía popular y supremacía constitucional, los textos constitucionales como normas supremas deben incorporar mecanismos democráticos de cambio constitucional a fin de conciliar ambos conceptos, pero también intentando que la Constitución tenga efectividad a los cambios históricos propios de la sociedad, permitiéndose el cambio por vías democráticas. De esta manera, la noción de poder constituyente como poder absoluto e ilimitado tiene que contar con posibilidades de modificación del texto constitucional, constituyéndose en un medio pacífico de ejercer su poder soberano y abandonando los medios revolucionarios del cambio jurídico.⁸⁰⁴

De manera que el poder de reforma se trata de una verdadera autolimitación al constituyente, limitando el ejercicio de cambio constitucional por vías no democráticas. En todo caso, la reforma tiene como principales funciones:

⁸⁰³ DE VEGA, (2000). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, pp. 222 y ss; DE VEGA, P. (2006). “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, en *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del Estado autonómico*, p. 11.

⁸⁰⁴ DE VEGA, P. (2006). “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, *op. cit.*, pp. 10- 11

1. Adecuación del texto constitucional a las realidades jurídicas y políticas que garantizando la defensa de la constitución y su continuidad.
2. Mecanismo de continuidad jurídica del Estado de derecho, buscan cercenar el cambio del orden jurídico por vías no regladas o revolucionarias.
3. Como mecanismo de la democracia constitucional que implica procedimientos agravados de reforma que separan la modificación de la Constitución de cualquier acto legislativo.
4. Como mecanismo que concilia el principio democrático y 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, entregando verdaderas formas de cambio constitucional que al tratarse de un acto político siempre será revolucionario, rompiendo con el orden jurídico previamente establecido.⁸⁰⁵

VIDAL 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 y aquellas reformas implícitas que entran en contradicción con otros preceptos constitucionales pero sin derogarlos de forma expresa.⁸⁰⁶ En todo caso, la reforma y la mutación constitucional tienen una relación inversamente proporcional dado que cuando en menor medida se reformen los contenidos constitucionales, mayormente se acudirá a las mutaciones constitucionales como mecanismo de cambio.⁸⁰⁷

De esta manera respecto de la Teoría del NCL anclada en la noción de poder constituyente se deben tener mecanismos de reforma débiles para el pueblo, permitiendo la modificación constante del texto constitucional a través de procedimientos altamente democráticos,⁸⁰⁸ dándose una reiterada interacción del poder soberano frente al cambio constitucional a 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

⁸⁰⁵ ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y jurisdicción constitucional”, *op, cit*, p. 17

⁸⁰⁶ VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, *op, cit*, p.

⁸⁰⁷ FERNÁNDEZ, F. (2013). “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución”, *op, cit*, p. 23.

⁸⁰⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente...”, *op, cit*, pp. 103-104.

realidades sociales, culturales y políticas, haciendo posible el dinamismo constitucional por vías democráticas que respetan la capacidad legitimadora del orden jurídico en cabeza del poder constituyente. Es como la reforma constitucional concilia la idea de Estado de derecho y Estado democrático que permite la continuidad de la Constitución a través de las vías democráticas, bajo ciertos procedimientos.⁸⁰⁹

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, entendiendo que las modificaciones al texto supremo deberán darse 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 de la Constitución, haciendo partícipes a los poderes constituidos o al poder constituyente según el tipo de cambio constitucional.⁸¹⁰ Es por ello, que 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.⁸¹¹

⁸⁰⁹ WONG, V. (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 Carbonell, M, Fix- Fierro. González, L y Valadés, D. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV, Vol. 2, p. 918.

⁸¹⁰ BREWER- CARIAS, A. (2022). *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, Editorial jurídica venezolana, Caracas, p. 138.

⁸¹¹ “Al contrario de la afirmado por la Sala, sin embargo, cuando las Constituciones han establecido precisos procedimientos que los poderes constituidos, cuando ejercen funciones de poder constituyente derivado, deben seguir para la revisión constitucional, los cuales se constituyen en límites constitucionales adjetivos o procedimentales para la revisión constitucional, la consecuencia lógica de estas regulaciones y obligación de sometimiento a la Constitución, es precisamente que el cumplimiento de dichos procedimientos de reforma o enmienda constitucional por los órganos del poder constituidos, dado el principio de la supremacía constitucional, debe y tiene que estar sujeto a control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional antes de que se manifieste la voluntad popular, es decir, antes de que se manifieste el poder constituyente originario.²⁵⁵ Es absurdo pretender, en cambio, que una vez efectuado un referendo, es decir, manifestado el poder constituyente originario, un órgano del poder constituido como es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, pueda pretender ejercer el control de constitucionalidad de la voluntad popular, es decir, del poder constituyente originario, que es el pueblo, manifestada en referendo.”, en BREWER- CARIAS, A. (2022) *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, op, cit, p. 149.

De esta forma, la estructura del Estado constitucional presenta una relación transversal entre reforma constitucional, como garantía del principio de rigidez constitucional, y los mecanismos de control de constitucionalidad que permiten la garantía de la voluntad popular plasmada en el texto normativo como su protección de los poderes constituidos.⁸¹² Lo anterior hace necesario que sea el juez constitucional el encargado de proteger la Constitución de sus cambios, ya sea por las vías formales o sustanciales.

ALBERT⁸¹³ señala que en los ordenamientos jurídicos se presentan dos tipos de cambios constitucionales: los mecanismos de cambio formal, como aquellos que se sujeta a las vías procedimentales y competencia señalados por el constituyente. Por otra parte, se hablará de los mecanismos de reforma informal cuando se dan en la mayoría de las ocasiones a través de decisiones judiciales, evidenciándose las preferencias políticas de los jueces respecto algún precepto constitucional. Así, las reformas constitucionales informales no se encuentran plasmada de forma directa en el texto de la Constitución, sino que deberán ser auscultadas en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. En todo caso, las reformas informales a través de las interpretaciones judiciales se dan 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 señalaremos la existencia de una relación inversamente proporcional entre cambios formales y mutaciones constitucionales, dado que, entre menos cambios formales en la Constitución, mayores serán las mutaciones que sufran las disposiciones constitucionales. Sin embargo, el autor explica como en sí 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.⁸¹³

Para entender el cambio constitucional formal del informal habrá que trazar una diferencia entre las disposiciones constitucionales como enunciados que hacen parte del texto constitucional, de aquellas normas constitucionales como el conjunto de significados que son sustraídos de las disposiciones constitucionales. Es como Bernal diferencia entre los cambios formales de aquellas modificaciones que se dan desde la informalidad de la siguiente manera: Los cambios formales son entendidos como aquellas modificaciones de las disposiciones constitucionales que se dan a través de los procedimientos validos señalados por la

⁸¹² INARRA, L. (2019). “La limitación constitucional a la reelección de autoridades...”, en *Razón Crítica*, 6, p. 243.

⁸¹³ ALBERT, R. (2019). “Los métodos de la reforma informal”, *Latín American Law Review*, 3, pp. 31- 32.

Constitución. Por otra parte, los cambios informales se dará el cambio de las normas constitucionales sin que se modifique el enunciado constitucional.⁸¹⁴

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 una modificación de todas las estructuras institucionales de la Constitución se convertiría en una nueva creación constitucional.⁸¹⁵ Así, la teoría del poder constituyente exige que el poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos tenga límites, en cuanto poder de creación constitucional solo se encontraría asignado en el poder constituyente, haciendo inconstitucionales las reformas que creen un nuevo orden jurídico.⁸¹⁶

Por otra parte, se desarrollarán 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 tiene como finalidad desfigurar todo el sistema político e institucional de una nación. Mientras que hablaremos de *falseamiento* cuando se le da un contenido constitucional una interpretación diferente a la prevista por el órgano creador de derecho y no se da la declaración de inconstitucionalidad de la norma.⁸¹⁷ Por otra parte se entenderá como constitucionalismo abusivo cuando se busca romper el equilibrio democrático a través de las vías y trámites previstos en la Constitución.⁸¹⁸ Por último, se hablará de sustitución cuando existe un abuso en las competencias de reforma constitucional, dándose un cambio textual de la norma, pero mediante un medio no permitido para ello.⁸¹⁹

Sobre este tipo de patologías del sistema podemos establecer como diferencias entre la mutación y la sustitución de la Constitución: el cambio del tenor literal del texto constitucional que se dará en la sustitución, sin embargo, no se tendrá la competencia para

⁸¹⁴ BERNAL PULIDO, C. (2018). “Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional”, en *anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 22, p. 67,

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 67.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁸¹⁷ SAGÜES, N. (2007). “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2, p. 190.

⁸¹⁸ NOCERA, L. (2019). “Contradicciones constitucionales: el tribunal constitucional plurinacional boliviano y la reelección de Morales ¿una práctica de abusivismo constitucional?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 23(2), p. 494

⁸¹⁹ GUERRA, M. (2020). *La Corte Constitucional ¿Guardiana o dueña de la Constitución?*, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, p. 63.

adelantar el cambio por ese medio, presentándose un exceso en las competencias que viene precedida de una mutación. Mientras que en la mutación no existe competencia del tribunal constitucional, en cuanto el cambio no es textual sino la modificación será 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 la toda sustitución tenga como antecedente una mutación de la Constitución.⁸²⁰

Análisis de las patologías constitucionales			
<i>Tipo de cambio</i>	<i>patología</i>	<i>concepto</i>	<i>Órgano de control</i>
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.
	falseamiento	Modificación de la Constitución a través de un acto normativo contrario a la Constitución sobre el cual no se declarará su inconstitucionalidad.	Tribunal Constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad.
	sustitución	Modificación del tenor literal de la norma constitucional sin la competencia para	Tribunal Constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad.

⁸²⁰ *Ibid.*, 65 y ss.

		adelantar el cambio constitucional.	
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.

Tabla 2. Elaboración propia.

Revisadas las patologías que se puede suscitar en el cambio constitucional, no cabe duda de que en sistemas de control de constitucionalidad fuertes este tipo de patologías vienen precedidos de una mutación constitucional que permite el cambio constitucional, es decir, existirán cambios formales de la Constitución que son contrarios a la Constitución 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 como ALBERT apunta que la modificación de la Constitución solo se puede realizar 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. Indica el autor como las reformas constitucionales no pueden desconocer el sistema político existente, impidiéndose la deconstrucción o el remplazo de la forma de gobierno como eje esencial de la Constitución. No obstante, el autor parte de una idea que no tiene en cuenta la voluntad popular como poder soberano que puede modificar la Constitución.

De esta forma, la teoría de ALBERT se sustenta en cuatro proposiciones básicas para entender los cambios constitucionales: La primera catalogada como binaria que indicaría que toda modificación de la Constitución conlleva una reforma o la creación de un nuevo orden jurídico; Segunda proposición sustantiva, en sentido de que no toda modificación que se tramite por un mecanismo de reforma implica una verdadera reforma; Tercera la proposición de ilegitimidad dado que algunas modificaciones de la Constitución resultan distinto a una reforma desconociendo el orden existente. Cuarto como limitaciones implícitas que conlleva que en muchos eventos las Constituciones no establecen límites al poder de reforma

constitucional, sin embargo, si existirán 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 por su forma de establecer un nuevo orden jurídico.⁸²¹

La Constitución será entendida como una creación del poder constituyente que solo puede ser modificada por este mismo. Así la Constitución no pueda ser modificada por los poderes constituidos y la finalidad de que se agraven los mecanismos de reforma sea para conservar intacto el texto normativo como creación popular.⁸²²

Así los cambios constitucionales propuestos el autor estadounidense podrían catalogarse como reforma y enmienda. Entendiendo las primeras como aquellos cambios del orden jurídico que solo pueden ser avaladas por la voluntad popular dada su especial importancia dentro del contexto constitucional. Por otra parte, se hablará de enmienda cuando se da 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 que supone que se da:

“(…) 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”.⁸²³

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

⁸²¹ ALBERT, R, (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*, Editorial Externado de Colombia, Bogotá.

⁸²² *Ídem*.

⁸²³ *Ídem*.

de los actores políticos y del pueblo, resulta inconsistente con esta, para la época en que se introduce el cambio.”⁸²⁴

La teoría del desmembramiento constitucional promueve la evolución y la transformación de los ordenamientos, con lo que 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 de que los actores políticos se controlan a sí mismos por medio de unos procedimientos previamente establecidos.

En todo caso, la interpretación del juez constitucional tiene una especial importancia al momento de avalar la reforma constitucional sea 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 o no de la reforma. Así mismo, el juez podrá realizar la mutación de los contenidos constitucionales a fin de legitimar un cambio constitucional, obviando la voluntad popular y constituyendo una elusión a 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 que también se establezcan reglas que permitan que estos se autocontrolen, 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

⁸²⁴ALBERT, R. (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*, editorial Universidad Externo de Colombia, Libro electrónico.

línea de base, de modo que implique la transformación de un derecho, estructura o rasgo de identidad constitucional fundamental.”⁸²⁵

Finalmente, ALBERT⁸²⁵ expone la regla de la reciprocidad a partir de la gradación de los mecanismos de cambio constitucional, aduciendo que los medios de reforma deban ser agravados según el tipo de cambio constitucional que se presente.

Retomándose la idea de que existen modificaciones a la Constitución que no pueden desconocer el contenido de la Constitución. El poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos no puede pretender destruir la noción básica del poder constituyente. Se explica entonces como 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. Así mismo, 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 pretenda desarrollar sobre la Constitución, sino que además se deberá integrar la participación popular para la aprobación del cambio.⁸²⁶

Diseños institucionales desde los mecanismos de reforma constitucional		
<i>Tipología de diseños</i>	<i>Criterios</i>	
	<i>Gradación de mecanismos de cambio constitucional</i>	<i>Participación popular</i>
Muy Fuerte	SI	SI
fuerte	NO	SI
Intermedio	SI	NO
débil	NO	NO

⁸²⁵ ALBERT, R. (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*, op, cit

⁸²⁶ GUERRA, M. (2020). *La Corte Constitucional ¿Guardiana o dueña de la Constitución?*, op, cit, p. 59.

Tabla 2. Elaboración propia.

Veamos entonces como podrían presentarse cuatro tipos de diseños institucionales que harían más proclives a los quebrantamientos constitucionales como a las mutaciones constitucionales. tanto por los ejercicios normativos de los poderes constituidos como por la interpretación de los tribunales constitucionales. Un sentido muy fuerte que implica diferenciar en distintas formas los cambios que puede sufrir la constitución⁸²⁷ como también la participación del pueblo en el cambio constitucional, reforzando la idea del pueblo como poder soberano; un sentido fuerte, como aquel que pese a no graduar los mecanismos de cambio constitucional, si contempla la participación popular en el cambio constitucional, reforzando la necesidad de que el pueblo deba tomar las decisiones respecto de su creación normativa; un sentido intermedio que presenta gradaciones de los cambios constitucionales, estableciendo procedimientos más gravados según el tipo de cambio pero sin tener en cuenta la voluntad popular; un sentido débil, que no presenta gradaciones de los cambios constitucionales y tampoco se tiene en cuenta la voluntad popular en el cambio.

De la misma forma, los diseños institucionales tienen una incidencia directa en la concepción del pueblo como poder constituyente 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 a *prima facie* implicaría escenarios que imposibilitan los cambios constitucionales vía normatividad, pero ante la dificultad del cambio formal abrirían una brecha mayor al cambio vía interpretación constitucional dada la necesidad de adecuar la Constitución a los cambios sociales. Empero tanto en diseños institucionales muy fuerte como débiles las mutaciones pueden ser recurrentes: en el caso de los diseños muy fuertes debido a la petrificación del cambio formal debido a 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. Mientras que en diseños institucionales débiles se podrán dar 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 al acto normativo. En todo caso, la decisión judicial deberá contener limites que permitan a su vez controlar a los poderes constituidos como al controlador.

⁸²⁷ Modificación de un elemento no esencial, modificación de un elemento esencial y modificación de la estructura constitucional. Se utiliza en mayor medida la diferencia entre reforma, enmienda y creación constitucional.

Tipología de mutaciones según los diseños institucionales				
<i>Diseños institucionales</i>	<i>Tipo de cambio</i>		<i>Mutación</i>	<i>Causa</i>
	<i>formal</i>	<i>informal</i>		
Mas fuertes	NO	SI	jurisprudencial	Adecuación de la norma a la realidad social
Menos fuertes	SI	NO	Actos normativos y jurisprudenciales	Modificación de la Constitución por parte de los poderes constituidos y el ejercicio de control de constitucionalidad los actos de cambio constitucional

Tabla 3. Elaboración propia.

Retomando la idea de poder constituyente según los diseños institucionales, entenderíamos 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 que en diseños institucionales débiles se dará una flexibilización de los principios de rigidez y supremacía constitucional, siendo 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 distinta: en diseños institucionales más fuertes desde la autocontención y límites a su interpretación que impida 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 al controlar los actos normativos que modifican la Constitución como la autocontención en sus decisiones judiciales.

Desde los límites de la interpretación de la Constitución los diseños institucionales interfieren en el diseño de juez constitucional que busca tener 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, un juez constitucional tendiente a controlar los impulsos de los demás poderes públicos.

Así mismo, los diseños institucionales tendrán una incidencia directa en la legitimación del cambio constitucional. En diseños institucionales fuertes el cambio constitucional formal será mayormente legitimado 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 una baja legitimidad democrática que posibilitan que los cambios informales sean más propios de estos tipos de sistemas, al entregarle a los poderes constituidos las facultades de cambio.

Legitimidad democrática de los cambios constitucionales según los diseños institucionales		
<i>Diseños institucionales</i>	<i>Cambios formales</i>	<i>Cambios informales</i>
Diseños más fuertes	Mayor legitimidad	Menor legitimidad
Diseños más débiles	Menor legitimidad	Mayor legitimidad

Tabla 4. Elaboración propia.

Del mismo modo, las mutaciones Constitucionales podrán constituirse como patologías del sistema o una institución propia del mismo, según el tipo de diseño institucional. En algunos sistemas las mutaciones serán verdaderas instituciones que promueven el carácter normativo de la Constitución que obstaculiza 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 y 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 al carácter normativo de la misma, hará más proclive la producción de mutaciones constitucionales. Mientras que el NCL reforzara el carácter

democrático de la Constitución como eje esencial y 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 a los NCL las mutaciones se constituyan como patologías del afectan le carácter democrático de la Constitución.⁸²⁸ ALBERT⁸²⁹ señala aquellos diseños institucionales estándar que impide diferenciar los procedimientos de enmienda de los de reforma constitucional que permiten el desmembramiento de la Constitución.

En el NCL se presentarán dos situaciones respecto de su modelo de cambio constitucional. Una en la que no se presenta distinción alguna como lo resulta ser el caso colombiano que acoge un diseño estándar que no permiten diferenciar los procedimientos de enmienda — como las modificaciones de un elemento no esencial al texto —, de aquellos de reforma en que si se modifica un aspecto esencial del texto. No obstante, la teoría de ALBERT⁸²⁹ parecería abarcar la reforma como la creación de un nuevo orden constitucional, situación que no sería abordada de igual forma por el NCL, en tanto se presentara un trinomio respecto de los mecanismos de cambio constitucional, y se diferenciara el procedimiento de reforma del de creación constitucional propiamente dicho, confluyendo en los textos mecanismos de enmienda, reforma y creación constitucional. 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.”⁸²⁹

Ahora entonces de la ausencia de una diferencia entre el poder de reforma y el de creación, conlleva a que como en el caso colombiano se adopte una visión restriccionista de cara a la reforma y que, en consecuencia, cualquier reforma deba ser tramitada bajo procedimientos

⁸²⁸ VICIANO, R Y MARTÍNEZ DALMAU, R. “La Constitución democrática, entre...”, *op, cit*, pp. 70 y SS.

⁸²⁹ ALBERT, R. (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*, *op, cit*.

o mecanismos constitucionales supremamente agravados. El caso colombiano por ejemplo conecta el poder de reforma a la creación de un nuevo orden jurídico que hace inviable cualquier tipo de reforma constitucional mediante procedimientos preestablecidos como el caso del 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 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.”⁸³⁰

Es menester resaltar como el control de constitucionalidad a las reformas constitucionales no se sustentan en la posibilidad de que las mismas sean jurídicamente viables sino hasta qué punto se escogió el mecanismo apropiado según el grado de intervención del pueblo en la misma,⁸³¹ 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 los mismos.⁸³²

Las mutaciones constitucionales en los sistemas fuertes de control de constitucionalidad se producirán a través del actuar normativo de los poderes constituidos como del aval de los tribunales constitucionales, en el segundo de los casos 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 a la hora de producirse una mutación, ya sea ante la acción creativa del juez constitucional en su jurisprudencia o el aval a las mutaciones realizadas por los poderes constituidos bajo sus competencias de creación normativa. Así la ausencia de límites

⁸³⁰ *Ídem*.

⁸³¹ COLÓN- RÍOS, J. (2018), “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”, *Victoria University of Wellington legal research papers*, 18 (19), p. 11.

⁸³² *Ibid*, p. 14

interpretativos conlleva indefectiblemente a un poder sin ningún tipo de 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 infra constitucionales solo pueden provenir del máximo y auténtico interprete de la Constitución dados sus principios de rigidez y supremacía constitucional. Así las cosas, es el juez constitucional quien tiene la decisión final sobre la constitucionalidad o no de determinado acto normativo.⁸³³ Así las cosas, las tensiones generadas de la dificultad contramayoritaria al control de constitucionalidad de las normas se potencia aún más frente a las normas de rango constitucional como pueden ser los actos formales de cambio constitucional.⁸³⁴

VICIANO y MORENO 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 unos amplios límites interpretativos que pueden ocasionar el desconocimiento de la voluntad popular plasmada en la Constitución.⁸³⁵ 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, a fin de controlar la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución —que a *prima facie* tendrían la misma jerarquía de la Constitución—, si se dio la necesidad teórica de crear normativas internas dentro de la misma Constitución.⁸³⁶

⁸³³ GUERRA, M. (2020). *La Corte Constitucional guardian o dueña de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 62.

⁸³⁴ SALAZAR, P Y ALONSO, C. (2022). “¿Reformas constitucionales inconstitucionales?”, en RIBERI, P y SALAZAR, P. (dir). *Decisión democrática y forma constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, p. 252.

⁸³⁵ VICIANO, R Y MORENO, 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”, en Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 22, p. 189.

⁸³⁶ SALAZAR, P Y BELTRÁN, A. (2022), “¿reformas constitucionales inconstitucionales?”, *op. cit.*, p. 252.

BACHOF⁸³⁷ como precursor de la teoría de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales ha destacado como una norma constitucional puede a su vez se inconstitucional ya sea por vulneración al derecho escrito como al no escrito. Respecto de las vulneraciones al derecho escrito el autor alemán contempla 5 formas en que se puede presentar la inconstitucionalidad de las normas constitucionales escritas: (a) La inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales, cuando la norma no se aprueba bajos los procedimientos señalados por la Constitución o en una norma preconstitucional; (b) La inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, cuando pretenden desconocer cláusulas de intangibilidad o clausulas pétreas lo que ocasionaría el desconocimiento del poder soberano en cabeza del pueblo; (c) La inconstitucionalidad por contradicción de normas superiores, es decir, cuando una norma de un contenido meramente formal contraviene una norma de carácter fundamental con jerarquía superior dispuesta por el poder constituyente.⁸³⁸ (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.⁸³⁹ (e) La inconstitucionalidad por infracción del derecho metapositivo positivizado es decir, valores principios supremos que no pueden ser contrariados por mandato expreso del poder constituyente.

Mientras que se hablara de normas inconstitucionales por contradecir el derecho no escrito: (a) La inconstitucionalidad por lesión a principios no escritos en la Constitución pero que en sí mismo son subyacente al texto constitucional; (b) La inconstitucionalidad por contradicción del derecho constitucional consuetudinario., no obstante en los textos constitucionales las normas de derecho consuetudinario no tienen vocación de declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional; (c) La inconstitucionalidad por infracción del derecho metapositivo no positivizado.⁸⁴⁰

De lo planteado se extrae la posible declaratoria de inconstitucionalidad de los actos modificatorios de la Constitución, puede cambiar o alterar elementos propios de la identidad de la Constitución. En todo caso la reforma constitucional no puede suponer la creación de un nuevo orden jurídico dado que se desconocería la función propia del poder constituyente. Sin embargo, la teoría del NCL intenta dotar al poder de reforma constitucional de la

⁸³⁷ BACHOF, O. (2012). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Editorial Palestra, Lima, pp. 22 y ss,

⁸³⁸ *Ibid.*, pp. 75- 80.

⁸³⁹ *Ibid.*, pp. 80- 83.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 80.

legitimidad democrática de los cambios constitucionales buscando que el pueblo de forma directa apruebe los actos reformativos 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 extra sistémicos que obvian los procedimientos democráticos de reforma constitucional con la excusa de adaptar la norma a las necesidades sociales propias de una época. Sin embargo, este tipo de interpretación desconocen el sentido originario que da el poder constituyente al texto normativo.

En sistemas con controles fuertes de constitucionalidad, las mutaciones constitucionales quedan supeditadas en la esfera jurisdiccional, dado el fuerte sistema de controles que tienen los tribunales constitucionales sobre las demás normas constitucionales o infra constitucionales. Es como los tribunales constitucionales pueden tener interpretaciones que avalan los actos normativos que generan mutaciones constitucionales o en sí mismo, pueden declarar la inconstitucionalidad de determinada norma a través de una interpretación que altere el significado original del texto constitucional.

Se ha dicho como dentro los mecanismos de cambio o modificación de la Constitución se encuentra la mutación constitucional, revelando como se dan procedimientos implícitos para la alteración del sentido de la norma. En cualquier caso, las mutaciones constitucionales presentan como punto a favor de la garantía del principio de supremacía constitucional, comprendiendo la continuidad de un orden jurídico, pero a su vez permeando el principio de rigidez constitucional al obviar los procedimientos de reforma señalados por el constituyente.⁸⁴¹

⁸⁴¹ En todo caso por ejemplo MASAPANTA señala como las mutaciones constitucionales permiten la garantía de los principios de rigidez y supremacía constitucional: “En cuanto al primer cuestionamiento, consideramos que la mutación constitucional es una institución que lejos de relativizar a la rigidez y supremacía de la Constitución, busca garantizarlas, pues con la mutación se pretende que esa norma suprema continúe teniendo eficacia dentro de una realidad social, y en lugar de dejar sin efecto una disposición normativa, vía hermenéutica se puede regular determinada institución jurídica sin modificar su contenido expreso”, en MASAPANTA, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente?*, Tesis de doctorado en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, p. 98.

Revisado lo escrito, 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 pueden brindar el pueblo como poder constituyente creador del texto constitucional.⁸⁴² Esta idea se ve robustecida en constituciones pertenecientes a la teoría de la Constitución del NCL dado su especial carácter democrático supeditado a las nociones de soberanía popular y poder constituyente.⁸⁴³

Por otra parte, la mutación de la Constitución encuentra una estrecha relación con la reforma, ya que se trata de procedimientos que modifican la Constitución, encontrando ejes nodales, pero también diferenciadores que hace que se trate de fenómenos complementarios, pero también excluyentes. Como elementos comunes a la reforma se tiene que tanto reforma como mutación persiguen un mismo objeto como lo es la modificación del contenido de la Constitución, ya sea de forma expresa o tacita, buscando adecuar el texto constitucional a las realidades sociales imperantes dentro del Estado. Es como 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 misma realidad social y las necesidades propias de un momento histórico implican ejercicios y técnicas de interpretación que viabilizan dichos cambios.⁸⁴⁴

Como segundo elemento se presenta el órgano que controla las modificaciones constitucionales. Así, en las Constituciones del NCL por adoptar 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.⁸⁴⁵

Respecto al alcance, las reformas como las mutaciones constitucionales se encuentran sujetas a límites en cualquier régimen democrático, ya que la misma Constitución contiene cláusulas

⁸⁴² MASAPANTA, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente?*, op. cit., p. 98.

⁸⁴³ CADENAS, D. (2012). “El poder constituyente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *XIV encuentro de latinoamericanistas españoles*, pp. 610- 611.

⁸⁴⁴ MASAPANTA, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente?*, op. cit., p. 103.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 103.

limitativas⁸⁴⁶ a los cambios constitucionales, como a su vez se hace necesaria la aplicación del principio de reciprocidad que impide el cambio del núcleo esencial del texto supremo.

Mientras que como elementos diferenciadores entre la mutación y la reforma constitucional encontramos la naturaleza jurídica de los actos. La reforma se encuentra 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.⁸⁴⁷

En cuanto su objeto, la reforma persigue la modificación expresa de un precepto constitucional, al contrario de lo planteado por la mutación que busca la modificación tacita de la Constitución. Por ello, en el primero de los casos se da una modificación, supresión o alteración que altera 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 procedimiento dispendioso que exige que el mismo sea cumplido a cabalidad, so pena de ser declarado inconstitucional a partir de una providencia del tribunal constitucional.⁸⁴⁸ En las mutaciones de primer orden, se produce la modificación en las mismas providencias judiciales, siendo avalados los textos normativos infra constitucionales que modifican el sentido inicialmente asignado por el pueblo en el ejercicio de control abstracto de constitucionalidad, siendo la Constitución un referente de validez de la demás normas; mutaciones de segundo orden, como aquellas que alteran directamente el sentido de una norma constitucional en su aplicación directa a un caso específico; y mutaciones de tercer orden, como aquellas que avalan la sustitución de la Constitución a través del exceso de las competencias en el cambio constitucional formal, permitiendo el cambio de la Constitución de forma inconstitucional mediante un ejercicio hermenéutico que legitima la vulneración de la voluntad soberana.

Tipología de mutaciones constitucionales y concepto

⁸⁴⁶ Puede verse la cláusula de no regresión de los derechos sociales, las cláusulas integradoras del derecho internacional humanitario, el principio democrático y de separación de poderes.

⁸⁴⁷ MASAPANTA, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente?*, op. cit., p. 105.

⁸⁴⁸ *IBID.*, p. 106.

<i>Tipo de mutación</i>	<i>concepto</i>	<i>Norma sobre la que recae</i>
Mutaciones de primer orden	Se da la modificación del sentido de la norma constitucional para resolver un caso en específico	El contenido constitucional que será aplicado al caso en específico
Mutaciones de segundo orden	Se da la modificación del 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 da la modificación de un 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.

Tabla 5. Elaboración propia.

Sobre el carácter contra mayoritario de las mutaciones constitucionales se podrá decir que al estar en manos de los jueces constitucionales según su especial condición, las mutaciones carecen de un componente de legitimidad democrática por la forma de elección del órgano creador y su carencia de representatividad. Así por ejemplo teorías como las expuestas por BICKEL, WALDRON o HART ELY atacan la legitimidad democrática de los actores judiciales en el control de constitucionalidad y la revisión de normas proferidas por poderes verdaderamente mayoritarios que representan al pueblo, situación que podría ser más conflictiva cuando se trata de creación de derecho constitucional como obra creadora del poder constituyente.

Esta dificultad sin lugar a duda será mucho más evidente en sistemas constitucionales como los adoptados por el NCL que reivindica 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 como el NCL y su núcleo central, como lo es

la noción de poder constituyente recobra las ideas del constitucionalismo democrático que impregna 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, esto es: desde un punto de vista procedimental, al no tramitar la modificación por las vías institucionales señaladas por el poder constituyente; y desde un segundo punto de vista, la ausencia de competencia por parte 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, en el caso de 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 pueden ser sometidas a control alguno, como si lo pudiese ser el caso de 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 las mismas tienden a amplificar los derechos constitucionales o 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.”⁸⁴⁹

No obstante, no se trata de verdaderas mutaciones constitucionales sino se da una interpretación acorde a la ontología misma del NCL, convirtiéndose la noción de poder

⁸⁴⁹ *IBID.*, p. 112.

constituyente no solo en un concepto preconstitucional sino además como un elemento mismo de la interpretación constitucional.

Así mismo, la realidad social como mecanismo y justificación de las mutaciones constitucionales que permiten en cambio de la Constitución por vías no democráticas y contrarias, a la voluntad plasmada en el texto, desconoce el principio democrático pero además también el principio de soberanía popular al legitimar un accionar en contra del texto constitucional o una interpretación *contra constitutionem*.⁸⁵⁰ Por ello, la realidad social no puede ser un medio ni 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 enfocara en la legitimidad democrática de la creación constitucional.⁸⁵¹ De allí, que cualquier cambio constitucional deba realizarse bajo una perspectiva que amplifique la noción de poder constituyente. Al respecto. MARTÍNEZ DALMAU 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.⁸⁵² 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, publico 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 sería evolutiva. Hurtar la decisión del debate público y hacerla recaer sobre los hombros del juez haría un flaco favor a la

⁸⁵⁰ STORINI, C. (2008). “Teoría de la Interpretación y legitimidad del Tribunal constitucional”, *op, cit*, 52.

⁸⁵¹ VICIANO, R Y MARTÍNEZ DALMAU, R. “La Constitución democrática...”, *op, cit*, 60 y ss; VICIANO, R Y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Revista general de derecho público*, 9, pp. 3 y ss.

⁸⁵² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales de la interpretación constitucional de los derechos.”, *op, cit*, pp.133-134.

evolución democrática de la sociedad a través de la dialéctica constituyente que soluciona de manera emancipadora la tensión entre democracia y constitucionalismo.”⁸⁵³

En todo caso, teorías que entienden a los poderes constituidos como dinamizadores de los contenidos constitucionales a 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 a fin de preservar la voluntad creadora.⁸⁵⁴ 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 los tribunales constitucionales de crear derecho asumiendo una función meramente cognoscitiva.⁸⁵⁵ No puede olvidarse como los ejercicios de creación no tienen límite alguno, ya que no parte de ningún tipo de modelo normativo predispuesto, sino que busca crear, configurar o complementar un nuevo orden jurídico. En consecuencia, cualquier ejercicio de creación resulta ser una clara contradicción al carácter normativo de la Constitución que irradia todo el orden jurídico, pero además contradice la de 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, tratándose de una visión histórica de los derechos que debe buscar descifrar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, abandonado las teorías objetivas de la interpretación y acogiendo una

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 34; Del mismo modo MARTÍNEZ ha señalado: “La intención de los constituyentes en el Constitucionalismo democrático no tiene parangón desde la interpretación clásica que, además, ha tendido a huir de este procedimiento hermenéutico por entender que no permitía la evolución del Derecho y su adaptación a la realidad. Pero desde luego, no es la única solución, por la carga de subjetividad que incorpora y por la necesidad de entender contextualmente la voluntad del poder constituyente. Además, esta voluntad contiene límites intrínsecos a sus posibilidades, razón por la cual las Constituciones maximalistas pueden fracasar en su aplicación o son ilegítimas las cláusulas de intangibilidad cuando intentan limitar al propio poder constituyente democrático. Por estas razones, la importancia del *contexto* está al mismo nivel que la del *texto* y la interpretación originaria. En la Constitución democrática, por otro lado, comoquiera que la voluntad del poder constituyente tiende a renovarse y no puede ser suplantada por la voluntad del poder constituido, es mucho más sencillo cambiar la Constitución cada vez que el pueblo así lo desee. Lo que en alguna medida aminoraría la gravedad de que la voluntad originaria no esté siendo ejecutada en el momento de la interpretación, pero lo puede estar cuando sea realmente necesario y, en todo caso, antes de que la voluntad del interprete (poder constituido) se traduzca ilegítimamente en mutación constitucional, como de hecho es común en algunos de los sistemas más conocidos.” En MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 637.

⁸⁵⁴ ACKERMAN, B Y ROSENKRANTS, C. (1991). “Tres concepciones de la democracia constitucional”, Centro de Estudios constitucionales, p. 18.

⁸⁵⁵ FERRAJOLI, L. (2016). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, *op. cit.*, pp. 68 y SS.

ideología radicada en descifrar la voluntad del constituyente, es decir, una teoría e ideología subjetiva de la interpretación.

No puede olvidarse como 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, dado que si bien los poderes constituidos cuentan con facultades normativas para el desarrollo de los preceptos constitucionales la misma constitución funge como un límite a la misma, constituyéndose el principio de supremacía constitucional 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 mutaciones constitucionales en el ejercicio del control de constitucionalidad de doble vía, es decir, aquellas que avalan la sustitución de la Constitución a través de medios gravados para su cambio como aquellas mutaciones que se dan respecto de normas infra constitucionales. Sin embargo, las mutaciones siempre se darán a través de la jurisprudencia en el ejercicio del control de constitucionalidad a 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 los movimientos reeleccionistas evidenciándose la ausencia de independencia de los tribunales constitucionales del poder ejecutivo. Por ello, han sido los tribunales constitucionales, los encargados de eliminar vía interpretación constitucional los límites a los poderes públicos.⁸⁵⁶

El NCL partiendo de un control fuerte de constitucionalidad diferencia los actos constituyente originarios de aquellos que son derivados, incluso cuando el pueblo participa de ellos, ya que entiende que los procedimientos de cambio resultan tener un componente jurídico sujeto a controles jurisdiccionales y solo el acto de creación constitucional puede catalogarse como acto político que no tiene limitaciones.⁸⁵⁷ De esta forma, el juez

⁸⁵⁶ GRIVALJA, A Y CASTRO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, en *Estudios constitucionales*, 18 (1), p. 42.

⁸⁵⁷ BALAGUER señalara sobre la diferencia entre la reforma y el acto de creación constitucional: “Pero, al mismo tiempo, es preciso constatar que su transformación solo podrá manifestarse en el orden jurídico, por medio de la reforma de la Constitución, pues, de otro modo, estaríamos hablando de un nuevo acto constituyente, de naturaleza política. La diferenciación de los dos niveles de análisis, político y jurídico es extremadamente necesaria en esta sede. Nadie puede negar la posibilidad, siempre abierta desde el pleno del poder, de incumplir,

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 los órganos constituidos, tratándose de verdaderas mutaciones constitucionales en razón a la ausencia del carácter material del mecanismo de reforma. Ello comprende que no se puedan modificar 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 a estos actos. Veamos el siguiente esquema sobre los mecanismos de cambio constitucional desde el tenor literal de la norma suprema.

Características del cambio constitucional formal en Colombia					
<i>Mecanismo de cambio constitucional</i>	<i>iniciativa</i>	<i>tramite</i>	<i>Objeto de cambio</i>	<i>restricciones</i>	<i>Participación popular</i>
Acto legislativo	Diez miembros del congreso	El trámite deberá darse en dos periodos ordinarios y consecutivos. En el primer periodo deberá contarse con la mayoría de los asistentes de cada cámara y en el segundo periodo con la mayoría de los miembros de la cámara,	No establece	Ninguno	Siempre y cuando la reforma verse sobre derechos reconocidos en el capítulo 1 título 2, sus garantías, los procedimientos de participación popular, siempre que lo solicite el pueblo con un apoyo del cinco por ciento del censo electoral dentro de los
	Veinte por ciento de los concejales o diputados				
	El pueblo con el apoyo del cinco por ciento del censo electoral				

vulnerar y hasta derogar la Constitución. (...) La característica común a todos estos planteamientos es que conducen a la ruptura de la línea divisoria entre poder constituyente y poder de reforma, sobre la base de una identificación total entre la reforma de la Constitución y la Constitución misma (de otro modo no sería posible oponer ese postulado lógico). Sin embargo, no se puede afirmar que estamos ante dos poderes de la misma naturaleza. Y ello porque reforma y Constitución están sometidas a condiciones distintas o, para decirlo más correctamente, mientras la Constitución no está sometida en su aprobación a límites jurídicos, la reforma sí lo está. Este solo hecho nos permite dar cuenta ya de la calidad jurídica diferenciada de una y otra. Por lo demás, la Constitución es, como indica F. Balaguer, la única fuente que se agota en sí misma, mientras que la reforma es una fuente equiparable en ese sentido a las demás. En BALAGUER, M. (2022). Interpretación y ordenamiento..., *op. cit.*, p. 40.

					seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo.
Referendo	Gobierno	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 excedan la cuarta parte del total de los ciudadanos que integren el censo electoral	No establece	No establece	Si
	El pueblo				
Asamblea Nacional Constituyente	Congreso de la republica	Deberá darse la llamada a convocatoria mediante Ley aprobada por mayoría de miembros de cada cámara, determinado la competencia, periodo y composición de la misma. El llamado a convocatoria deberá ser aprobado por una tercera parte del censo electoral. La asamblea debe ser elegida por voto directo	No establece	No establece	Si, al momento de la convocatoria y elección de los miembros

		de los ciudadanos y no podrá coincide con otro acto electoral.			

Tabla 6. 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 como el referendo se da una noción de poder constituyente derivada 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 se encuentran: la enmienda constitucional, cuando las modificaciones no recaen sobre aspectos centrales o nucleares del texto constitucional requiriendo la sola participación del pueblo en referéndum aprobatorio; en segunda medida, se tiene la reforma constitucional dirigida a la modificación de un elemento esencial de la Constitución, debiendo ser discutido y aprobado el proyecto de reforma por la asamblea nacional, pero también refrendado por el pueblo mediante referéndum aprobatorio; y finalmente, la asamblea nacional constituyente donde lo que se busca es la transformación completa del sistema político, y la entrada en vigencia de una nueva constitución siendo el pueblo partícipe 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, deviniendo de este la última palabra frente a las mutaciones de la Constitución.

Características del cambio constitucional formal en Venezuela					
<i>Mecanismo de cambio formal</i>	<i>iniciativa</i>	<i>tramite</i>	<i>Objeto del cambio</i>	<i>restricciones</i>	<i>Participación popular</i>
Enmienda	Iniciativa popular del quince por ciento de los	Cuando la iniciativa se de en la asamblea nacional se requerirá la	Adición o modificación de uno o varios artículos que no modifican la	Elementos estructurales de la Constitución o el Estado	Si, mediante referendo aprobatorio.

	ciudadanos inscritos	aprobación por la mayoría de sus integrantes y se someterá al trámite de las leyes.	estructura fundamental		
	Asamblea nacional por un treinta por ciento de sus integrantes	En todo caso, siempre deberá someterse a referendo aprobatorio dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción formal.			
	Presidente de la Republica en Consejo de Ministros				
Reforma	Iniciativa popular del quince por ciento de los ciudadanos inscritos	El proyecto será discutido en el periodo de sesiones en que fue presentado. Una segunda discusión por títulos o capítulos. Una tercera por artículos. El proyecto 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 el proyecto será sometido a refrendo dentro de los treinta (30) días siguientes. Se dará aprobación cuando el	Sustitución de una o varias normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto	La estructura y principios fundamentales del texto constitucional	Si, al momento de aprobar la reforma mediante referendo.
	Asamblea nacional por la mayoría de sus integrantes				
	Presidente de la Republica en Consejo de Ministros				

		número de votos a favor sea mayor que los en contra en el refrendo. No podrá presentarse nuevo proyecto en un mismo periodo constitucional.			
Asamblea Nacional Constituyente	Iniciativa popular mediante el quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral	No especifica	Transformación del Estado y creación de un nuevo orden jurídico	Ninguno	Si
	Presidente de la república en consejo de ministros				
	Concejos Municipales a través del voto de las dos terceras parte de los mismos.				

Tabla 7. Elaboración propia.

En el ordenamiento ecuatoriano los conceptos de enmienda, reforma o asamblea constituyente como mecanismos de gradación a fin de granizar la rigidez de la Constitución. Es por ello, que cada mecanismo goza de reglas propias para el cambio constitucional. la enmienda será entonces 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 implica una restricción en los derechos y garantías fundamentales como tampoco 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 como los

procedimientos de reforma. Finalmente, la asamblea constituyente evocara la creación de un nuevo orden jurídico.⁸⁵⁸

Características del cambio constitucional formal en Ecuador					
<i>Mecanismo de cambio formal</i>	<i>Propuesta de iniciativa</i>	<i>tramite</i>	<i>Objeto del cambio</i>	<i>restricciones</i>	<i>Participación popular</i>
enmienda	Presidente de la República a través de referéndum	La iniciativa deberá formularse por un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la asamblea nacional. Para su aprobación deberá contarse 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	Aquellas normas que no alteren la estructura fundamental del texto constitucional o elementos constitutivos del Estado	Derechos y garantías fundamentales o procedimiento de reforma.	Si
	Iniciativa popular que debe contar con el apoyo de mínimo el ocho (8) por ciento de las personas inscritas en el registro electoral				Si
	Asamblea nacional, La iniciativa deberá formularse por un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la asamblea nacional				No
Reforma	Presidente de la República	La iniciativa deberá ser tramitada en dos debates. El segundo debate deberá darse en los noventa (90) días siguientes al primer debate. Deberá darse aprobación por parte de la asamblea nacional. Para finalmente ser	Elementos estructurales de la Constitución o constitutivos del Estado	Derechos y garantías fundamentales o procedimiento de reforma.	Si, al momento de aprobar la reforma
	El pueblo teniendo el respaldo de al menos el uno (1) por ciento del registro electoral				
	Asamblea Nacional				

⁸⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen 001-14 DCR-CC del 31 de octubre de 2014.

		sometido a referéndum del pueblo dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes.			
Asamblea Constituyente	Presidente de la Republica	Deberá ser aprobada mediante consulta popular donde 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	Ninguno	Si, en la aprobación de la asamblea constituyente y en el referéndum aprobatorio de la nueva Constitución
	Iniciativa popular con un apoyo del doce (12) porciento del registro electoral				
	Las dos terceras partes de la Asamblea nacional				

Tabla 8. Elaboración propia.

Finalmente, le 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, los derechos y garantías constitucionales como el procedimiento de reforma debe ser sometido bajo asamblea nacional constituyente. En todo caso, cualquiera de esos cambios al ser tramitado mediante asamblea nacional constituyente implicara 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.

Características del cambio constitucional formal en Bolivia.					
<i>Mecanismo de cambio formal</i>	<i>Iniciativa</i>	<i>tramite</i>	<i>Objeto del cambio</i>	<i>restricciones</i>	<i>Participación popular</i>
Reforma Total	Iniciativa popular con al menos el veinte por ciento del electorado.	Se deberá dar a través de una asamblea constituyente plenipotenciaria activada	Creación de una nueva Constitución	No	Si, se da en el momento de aprobación de la asamblea constituyente y la aprobación del nuevo texto.
	Presidente de la Republica	mediante referendo. El nuevo texto constitucional			
	Asamblea legislativa por materia absoluta de la cámara	será aprobado por las dos terceras partes de los			

		miembros presentes de la asamblea y será aprobada mediante referendo aprobatorio.			
Reforma parcial	Iniciativa popular con al menos el veinte por ciento del electorado.	Se requerirá referendo aprobatorio	Elementos que no afecten sus bases fundamentales	Derechos, deberes y garantías constitucionales o los mecanismos de reforma	Si, en el momento de aprobar la reforma,
	Asamblea nacional mediante Ley de reforma aprobada por dos tercios de los miembros presentes				

Tabla 9. Elaboración propia.

De la anterior síntesis podrá extraerse, como el sistema colombiano será mayormente representativo, integrando otros órganos de representación popular como concejales y diputados. En el caso del referendo en cualquier modo la decisión quedara en manos de los poderes constituidos el llamado al pronunciamiento del pueblo sobre el tema en cuestión. Cuando la decisión final interviene el pueblo de forma directa más se acrecienta los tramites por los poderes constituidos, ello implica la obstaculización del ejercicio de cambio por parte del poder constituyente primigenio. Un ejemplo de ello lo denota la imposibilidad de que el pueblo pueda proponer 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 constitucional, mientras que en Colombia se tratara de un mecanismo de cambio constitucional en si mismo dada la ausencia de gradaciones entre uno y otro mecanismo.

En el caso ecuatoriano se refleja la idea de reforzar la participación ciudadana donde el trámite queda supeditado a los poderes constituidos, como lo resulta ser el procedimiento de enmienda que exige un número mayor del registro electoral, a diferencia de lo señalado en la reforma, donde deberá existir decisión aprobatoria final por parte del pueblo. De la misma forma, en los mecanismos de cambio donde interfiere en mayor medida el pueblo, el trámite por parte de los poderes constituidos resulta ser más flexible.

Dado el modelo de control de constitucionalidad fuerte acogido por el NCL, los mecanismos de cambio constitucional serán sujetos del 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:

Control de constitucionalidad sobre los mecanismos de cambio formal de la Constitución		
<i>Ordenamiento jurídico</i>	<i>Tipos de control de constitucionalidad</i>	<i>Tipo de cambio</i>
colombiano	Control por vicios de procedimiento	referendo
		Asamblea nacional constituyente
		Acto legislativo
Venezolano	Control por vicios de procedimiento	Enmienda
		Reforma
	No sujeta a control	Asamblea nacional constituyente
Ecuatoriano	Control por vicios de procedimiento	Enmienda
		reforma
		Asamblea Nacional Constituyente
Boliviano	Control por vicios de procedimiento	Reforma parcial
	No sujeta a control	Reforma total

Tabla 8. Elaboración propia.

Revisadas las facultades de revisión constitucional del mecanismo de cambio constitucional, se denota la posibilidad de que los cambios constitucionales formales puedan ser contradictorios al mismo texto constitucional a través de una interpretación que mute los significados originarios de la Constitución como lo hemos venido planteando. De esta forma, las mutaciones de la Constitución serán modificaciones a los sentidos de la norma constitucional vía jurisprudencial, pudiendo incluso avalar un cambio formal inconstitucional.

Mayúsculo problema 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 el cambio constitucional formal como norma constitucional profundizara aún más las contradicciones con elementos estructurales o

esenciales de la carta cuando dicha norma sea contradictoria con el texto originario.⁸⁵⁹ 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, (...)”⁸⁶⁰

Fue claro el mandato constitucional referente al órgano constitucional como un órgano de control de los cambios constitucionales, de allí que las mismas facultades de control se contraponen a los ejercicios de creación normativa en cabeza de otros órganos. Respecto de la ideología de la interpretación conforme 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 posibilitasen en mayor o menor medida la aparición de mutaciones.

En las Constituciones de Colombia y Venezuela con ausencia de límites y métodos para la interpretación de la Constitución, pareciera que la ideología del constituyente fue de la de establecer una teoría objetiva de la interpretación, posibilitando en mayor medida la aparición de mutaciones a fin de adaptar la norma a la realidad social.

Ahora entonces 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.

Y finalmente, las mutaciones constitucionales por la interpretación constitucional dado que el operador jurídico aplica un método hermenéutico de forma cambiante y lo adecua a las

⁸⁵⁹ GUERRA, M. (2020). La Corte Constitucional ¿guardiana o dueña de la Constitución?, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 108.

realidades sociales, sin tener en cuenta el tenor literal de la norma o el sentido inicialmente dotado por el constituyente.⁸⁶¹

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*”.⁸⁶² 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 que también existirán mutaciones formales e informales como procesos que distorsionan el texto constitucional.

De esta forma, como ya vimos en un primer momento la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales en el NCL tendrá diversas aristas dada la variedad de mecanismos de elección de sus miembros: Teniendo menor legitimidad democrática en sistemas como el colombiano y venezolano donde existe una nulatoria participación popular; un nivel intermedio como lo es el caso ecuatoriano que pese a la elección por parte de una comisión accidental para su escogencia el pueblo puede intervenir en el procedimiento; y un mayor nivel como lo es el caso boliviano donde la elección directa de sus miembros impregna de un mayor manto de legitimidad democrática. 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 a las decisiones de estos. Lo anterior se enlaza con la concepción bajo las cuales fueron creados los tribunales constitucionales al tratarse órganos de control que carecen originariamente de legitimidad democrática se ve más acentuado ante la ausencia de controles por parte de otros poderes, entre ellos, el pueblo.⁸⁶³

En todo caso, consideramos que las constituciones del NCL reivindican el concepto de poder constituyente como poder soberano que somete al poder constituido, línea principal argumental de este texto. Es como las constituciones del NCL mayoritariamente adoptan formas rígidas y agravadas para la modificación de los contenidos constitucionales a fin de

⁸⁶¹ SÁNCHEZ, R. (2017). “Hacia un nuevo modelo de interpretación constitucional”, *op, cit*, p. 328.

⁸⁶² *Ibid*, p. 131.

⁸⁶³ MASAPANTA, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente?*, *op, cit*, p. 116.

preservar la voluntad del pueblo plasmada. Así mismo, consideran necesario contar con la aquiescencia del pueblo para sus modificaciones, teniendo que ser plasmada la voluntad popular en el nuevo texto. Es por ello que se hablara de mutaciones constitucionales en el NCL cuando los significados de los enunciados normativos constitucionales sean modificados por parte de los poderes constituidos sin la aquiescencia del pueblo, siendo la voluntad popular el único medio de legitimidad de los cambios a la Constitución, lo que conlleva que cualquier cambio informal termine siendo una mutación de la Constitución.

2.9. Reelección presidencial en el NCL: un ejemplo de la 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 de soberanía popular, en tanto desconoce las vías democráticas para las modificaciones de la Constitución, como a su vez, desconoce las competencias atribuidas por el poder constituyente para el cambio constitucional.

En el caso del NCL, sin lugar a dudas el modelo de control de constitucionalidad fue 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 han convertido las mutaciones constitucionales como una constante dentro de estos sistemas, ignorando su calidad de patologías propias dentro de un Estado democrático y por el contrario, convirtiéndose en un valor propio del sistema.

Como caso de estudio tomaremos la reelección presidencial en los distintos ordenamientos jurídicos pertenecientes al NCL, dada la complejidad del cambio y las mutaciones del sistema para 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 también mecanismos de cambio informal para sacar adelante sus proyectos reeleccionistas. En todo caso, en modelos fuertes de control de constitucionalidad como lo es el NCL, los cambios constitucionales aún formales, pero ilegítimos dentro del sistema vendrán precedido por un ejercicio hermenéutico que desemboca en una mutación constitucional para el aval de la reforma. Inclusive la temática relativa a la reelección presidencial ha desconocido la misma voluntad popular que buscaba

restringir la continuidad en el poder del gobierno, utilizando una mutación pura de la Constitución a través del control es constitucionalidad ejercida por el juez constitucional para desconocer la decisión del pueblo.

En síntesis de los cuatro ejemplos se podría indicar que en primer lugar, el caso colombiano presenta una mutación del principio de pesos y contrapesos al avalar la reelección presidencial inmediata, donde la Corte Constitucional corregiría el yerro de manera parcial años después.; en el caso Venezolano la SCTSV no se acogería los argumentos expuestos en dos demandas de inconstitucionalidad que buscaban frenar el movimiento reeleccionista de Chávez Frías, dándose 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 tendría competencia para modificar el sistema de reelección presidencial impuesto por el constituyente de 2008, obviando la necesidad de que sea el pueblo el encargado de avalar el cambio constitucional. Mientras que en el caso boliviano en primer término avalaría la constitucionalidad de una norma infra constitucional que mutaría el sentido previsto por el constituyente; en segundo lugar, avalaría el llamado a referéndum para una reelección presidencial indefinida; y en tercera medida, ante la negativa del pueblo a un sistema reeleccionista de corte indefinido, vía interpretación constitucional ratificaría la posibilidad de la reelección presidencial indefinida.⁸⁶⁴

2.9.1. El sistema presidencial y la reelección presidencial en el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano.

El sistema presidencialista ha mencionado la dogmática presenta una fuerte acumulación de poder que resulta ser 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 en el periodo del mandato como establecimiento de controles a los límites.⁸⁶⁵

Así las cosas, la idea del continuismo presidencial siempre ha representado un peligro mismo al sistema político dado que los altos mandatarios a fin de perseguir la continuidad en su

⁸⁶⁴ GRIVALJA, A Y CASTRO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁶⁵ TREMINIO I. (2013). “Las reformas a la reelección presidencial en América Latina”, en *Estudios sociológicos*, 31 (91), p. 61.

cargo emprenden una serie de cambios constitucionales que alteran y subvierten el mandato popular. La idea de continuismo resulta ser contradictoria al principio de alternancia propio de cualquier sistema democrático que promueva la participación de los electores y la distribución del poder.⁸⁶⁶ 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”.⁸⁶⁷ No puede olvidarse como la reelección presidencial distorsiona el escenario democrático y el gobierno presidencial, siendo más tenue en escenarios de reelección limitada pero más profundos en sistema reeleccionista ilimitados.

Entre las dificultades que en sí mismo representa el presidencialismo se denota en sistemas reeleccionista la ausencia de independencia judicial y la flexibilización de los mecanismos de cambios constitucional para eliminar los límites a posibilidad de reelección presidencial.⁸⁶⁸ Con todo y a pesar de que se señale como la reelección presidencial funja como un medio para incentivar al poder ejecutivo a desarrollar un buen gobierno como la necesidad de evitar el incremento de conflictos y desestabilización del orden institucional⁸⁶⁹. Pero de ello también se indica como los límites a la reelección presidencial conllevan el condicionamiento de las decisiones democráticas por parte del pueblo como poder soberano ocasionando la vulneración de los derechos políticos y el principio de igualdad de los ciudadanos. Ahora vendrá bien preguntarse “¿Por qué tiene que haber límites a la reelección? No puede olvidarse como históricamente los poderes ejecutivos ilimitados han sido focos de constantes vulneraciones a los derechos humanos y desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente. Los sistemas sin restricciones a la reelección presidencial conllevan el propio quiebre del sistema político que olvida el carácter alternativo, democrático y republicano del gobierno.”⁸⁷⁰

VEGA expone tanto una dimensión positiva como 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 decisión del pueblo dar continuidad a la gestión y proyecto político del mandatario de turno como la ampliación de los derechos de participación de los ciudadanos. Mientras que desde un

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 62

⁸⁶⁷ GRIVALJA, A y CASTRO-MONTERO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁶⁹ LINZ, J, y VALENZUELA, A. (1994). *The Failure of presidential democracy*, JHU Press, p. 223.

⁸⁷⁰ SERRAFERO, M. (2011), “La reelección presidencial indefinida en América Latina”, en *Revista de instituciones, ideas y mercados*, 54, pp. 226 y ss.

segundo enfoque restrictivista la reelección presidencial debe tener límites en aras de garantizar la alternancia política, evitando los gobiernos autoritarios que puedan desconocer derechos constitucionales. De la misma forma se promueve la candidatura de nuevos líderes y cambios constantes en la sociedad que tienden a dinamizarla, preservando el principio democrático y de separación de poderes.⁸⁷¹

Del mismo modo RIVERA, señala como elementos que permiten argumentar a favor de la reelección presidencial: 1) la necesidad de extender los periodos presidenciales a fin de lograr estabilidad y defensa a sus electores; (2) la falta de incentivos a la buena gestión pública. Mientras que como elementos negativos se tendrá la vulneración del principio republicano de la alternabilidad del poder, que se sustenta en dos argumentos centrales: 1) la imposibilidad de darse un cambio en la dirección del Estado a partir de nuevas políticas, dándose un transido hacia un régimen autocrático; y 2) la existencia de ventajas para el candidato que es presidente dado que este cuenta con los recursos del Estado para el desarrollo de su campaña desembocando en la vulneración al principio de igualdad.⁸⁷² No obstante, en América latina históricamente los límites a la reelección presidencial han sido constante debido a la continuidad de sistemas presidencialistas que concentran el poder en la rama ejecutiva del poder público que provoca el debilitamiento del principio democrático y de separación de poderes como el común denominador de dar continuidad a proyectos políticos de naturaleza autocrática.⁸⁷³

Referente 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 límites propios del poder de reforma como alterar el sistema político.⁸⁷⁴ Sin embargo, estos mecanismos de cambios constitucional han surtido una suerte de legitimidad a la destrucción o desmembramiento de la Constitución que sería más problemático, aún si se piensa en este texto como una norma creada por el constituyente que somete a los demás poderes públicos³ y por lo tanto, no puede ser modificada por ellos.

⁸⁷¹ 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?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 32, p. 865.

⁸⁷² RIVERA, J. (2011). “La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano”, en *Revista boliviana de derecho*, 12, pp. 13-14.

⁸⁷³ *Ídem*.

⁸⁷⁴ TREMINIO I. (2013). “Las reformas a la reelección presidencial en América Latina”, *op, cit*, p. 63

SERRAFERO 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; 5) y la prohibición de reelección.⁸⁷⁵ GRIVALJA y MORENO señalan como esta tipología de la reelección presidencial termina representando una continuidad de la limitación temporal que restringe la reelección sin límites, señalando frente a la reelección presidencial indefinida:

“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.”⁸⁷⁶

La reelección presidencial tiene un efecto contrario al principio democrático y de 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 dándose 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 su mecanismo de elección que desequilibran la ingeniería constitucional propuesta por el constituyente.⁸⁷⁷

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 que posibilitaron 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 para habilitar la reelección presidencial han venido siempre de la mano de

⁸⁷⁵ SERRAFERO, M. (2011), “La reelección presidencial indefinida en América Latina”, en *Revista de instituciones, ideas y mercados*, 54, pp. 229- 231.

⁸⁷⁶ GRIVALJA J, y MORENO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op. cit.* p. 17.

⁸⁷⁷ DAVILA, H. (2021). “El principio de separación de poderes y la reelección presidencial en Colombia: un dilema inconcluso”, en *Catalogo editorial*, 1(025), pp. 137 y ss.

sendas interpretaciones constitucionales que permiten la modificación del texto supremo. Vale poner a consideración como las modificaciones o cambios constitucionales a fin de limitar los poderes del presidente han sido ínfimos, en tanto los mismos de forma mayoritaria han estado dirigidos a aumentar el espectro de poder en la autoridad presidencial.⁸⁷⁸

Revisada la literatura en la materia han sido cuatro las vías para modificar el sentido la Constitución a fin de prever reelecciones presidenciales indefinidas: 1) la vía legislativa como reforma parcial a la Constitución o una nueva; (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.⁸⁷⁹ Lo anterior siendo reforzado a través de las facultades legislativas en cabeza del presidente de la república que ha permeado los demás poderes.

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

Referente a la idea de poder constituyente y la reforma constitucional se desarrollan primordialmente dos ideas. Una primera que niega la naturaleza de constituyente de la reforma, dado que el cambio constitucional se encuentra limitado por los mismos procedimientos señalados por el pueblo en el texto constituyente. Mientras que una segunda tesis, está dirigida a declarar la existencia de un poder constituyente, pero derivado que se fundamenta en la delegación del pueblo a los órganos políticos para que desempeñen las funciones de actualización de la carta política mediante diferentes vías.

En el caso colombiano, el constituyente desarrollo tres mecanismos de cambio constitucional: el acto legislativo como obra del poder constituido; el referendo y la asamblea nacional constituyente como mecanismos de carácter popular.

Hablando de los actos legislativos es claro que el artículo 375 de la Constitución establece unos sendos límites y requisito para el trámite del proyecto, haciendo necesario un mínimo de consenso entre los legitimados para iniciar su trámite con unos tiempos para el desarrollo

⁸⁷⁸ MANZO, G. (2020) “Panorama actual de la reelección presidencial: un análisis jurídico comparado dirigido a restablecer el Estado de la Democracia”, en *Novum jus*, 14(1), p. 237

⁸⁷⁹ TREMINIO, I. (2013). “Las reformas a la reelección presidencial en América Latina”, *op. cit* p. 74.

de los mismo. 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 los derechos consagrados en el capítulo I título II sean tramitados mediante referendo, convirtiéndose la voluntad popular en un requisito para la modificación del texto. Así mismo, nótese como 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 que busca la implantación de un nuevo orden jurídico.

Sobre los límites al poder constituyente ha dicho por parte de SCHMITT 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, Así también se hablara de límites materiales cuando se abordan elementos ontológicos como lo son: (1) límites facticos; (2) límites ideológicos como aquellos que consultan las condiciones filosóficas del poder constituyente; (3) límites axiológicos como aquellos tendientes a que se respeten los principios y valores propios de cada sistema.⁸⁸⁰

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, es de recordar que el control fuerte de constitucionalidad escogido por el constituyente dispuso que la CCC tuviese la posibilidad de estudiar los actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento. No obstante, en la realidad jurídica la teoría de los controles a los actos reformativos de la Constitución se ha expandido a una especie de control material por vicios de competencia, teniendo como principal tesis la imposibilidad del poder constituyente derivado de sustituir la Constitución, teoría que desencadenaría el test o juicio de sustitución constitucional.⁸⁸¹

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, por aspecto de forma vendría a desarrollar esta tesis

⁸⁸⁰ SCHMITT, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Alianza editorial, Salamanca, pp. 93 y ss.

⁸⁸¹ QUINCHE (2013), *El control de constitucionalidad*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, pp. 79 y ss.

hasta la sentencia C-970 de 2004 estructurando el juicio de sustitución constitucional bajo dos prepuestos: la necesidad de que el estudio del acto reformativo inicie a petición de parte y de ninguna manera el alto tribunal podrá conocer de su estudio de forma oficiosa. Así mismo, se tendrá un (1) año como término de caducidad de la acción de constitucionalidad contra el acto reformativo que presuntamente vulnera un aspecto esencial de la Constitución.

En todo caso, el control de constitucionalidad a los actos reformativos de la Constitución se encuentra ligada a la defensa del texto constitucional desde el principio democrático y la participación de las comunidades en las decisiones que los afectan. Esta idea retoma al pueblo como verdadero poder soberano que tiene la posibilidad de proteger su creación de los peligros que los poderes constituidos. Para la CCC sustitución de la constitución evoca un límite al poder de reforma en cabeza de los poderes constituidos que busca sustraer la competencia de alterar o subvertir aquellos elementos que vital importancia para el constituyente, trascendiendo de la formalidad que señala el art. 241 de la CPC y estableciendo ya no solo límites procedimentales al ejercicio de cambio constitución, sino verdaderos controles materiales.⁸⁸²

Ya desde la metodología de estudio del control de constitucionalidad a los actos reformativos de la Constitución el juicio se encuentra compuesto de un silogismo jurídico que podría explicarse de la siguiente manera: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión del contraste de los dos primeros elementos. Respecto de la premisa mayor se deberá analizar aquellos elementos esenciales, definitorios o nucleares de la Constitución tratándose de aquellos elementos que hacen parte de la identidad misma del texto supremo.⁸⁸³

⁸⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-970 de 2004: “El concepto de sustitución que ocupa la atención de la Corte es el que constituye un límite competencial al poder de reforma. Esto es, la sustitución de la Constitución, en principio, solo puede producirse como consecuencia de la actuación del poder constituyente primario, y por lo mismo, está sustraída del ámbito competencial del poder de reforma constitucional. De este modo, debe precisarse, en primer lugar, que el concepto de sustitución trasciende la dimensión puramente formal. En cualquier caso, la noción apunta a unas diferencias materiales y no meramente formales. Por lo mismo, no es cuantitativa sino cualitativa.”

⁸⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-970 de 2004: “Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad. 4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control. 4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la

Lo anterior constituye una diferencia mayúscula con el control de constitucionalidad ejercido a las normas infraconstitucionales dado que frente a esta se toma como referente un simple artículo de la Constitución, mientras que en la sustitución deberá analizarse un elemento esencial. Así mismo, la acción de constitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución se diferencia del control ordinario a las leyes en: (1) el accionante en el primero de los eventos debe identificar con suma claridad el núcleo o elemento esencial vulnerado; (2) describir el análisis hermenéutico que le lleva a señalar el núcleo esencial del derecho dado que el mismo no se encuentra en un artículo específico de la Constitución.⁸⁸⁴

CELEMÍN 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 debiendo analizarse el caso en concreto como la estructura de la demanda de inconstitucionalidad.⁸⁸⁵ 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 propia iniciativa de conocimiento de la constitucionalidad del medio normativo.⁸⁸⁶ 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 desconociendo la voluntad popular o generando decisiones para un grupo específico de ciudadanos.⁸⁸⁷ GUZMÁN, LUCIO y FAJARDO señalan la diferencia entre destrucción, sustitución, quebrantamiento y supresión:

Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia.”

⁸⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 1040 de 2005: “Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cual es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

⁸⁸⁵ CELEMÍN, Y. (2020). Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos, en *Prolegómenos*, 23 (46), pp. p. 22

⁸⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010.

⁸⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-249 de 2012.

“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.”⁸⁸⁸

Ahora bien, al hablar de quebrantamiento constitucional se da cuando se da una excepción en la aplicación de una norma constitucional. entre tanto se hablará de suspensión cuando la norma constitucional pierda eficacia temporal.⁸⁸⁹ La teoría de la sustitución de la Constitución conlleva en primer término generar una diferenciación material y ontológica del poder constituyente originario y derivado; la inexistencia de cláusulas pétreas pero también los límites a la capacidad de reforma de los poderes constituidos; y el estudio realizado por parte del juez a la constitucionalidad de la reforma.⁸⁹⁰

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 ser gaseoso, vago, indeterminado y de naturaleza subjetiva. Es como el carácter aristocrático de los altos jueces constitucionales dada su forma de elección, impide que sus decisiones sean independientes y autónomas. Así se ha intentado reseñar como límites o núcleos esenciales al poder de reforma: el catálogo de derecho fundamentales; el Estado de derecho; y el principio democrático y de separación de poderes.⁸⁹¹ A pesar de la dificultad para descifrar el núcleo esencial de la Constitución, se presenta también la adopción de visiones sociológicas del derecho que evocan que dentro de la justificación de la decisión no solo deberá tenerse en

⁸⁸⁸ GUZMÁN, C, LUCIO, C y FAJARDO, L. (2015). “Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución”, en FAJARDO, L y GONZÁLEZ, M (Comp), *La sustitución de la Constitución*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. p. 119.

⁸⁸⁹ *Ídem*.

⁸⁹⁰ QUINCHE, M, (2013), *El control de constitucionalidad*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, pp. 77 y ss.

⁸⁹¹ BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Editorial externado de Colombia, Bogotá, p. 295

cuenta el factor normativo sino también el social y político que se pudiese estar atravesando.⁸⁹² Por último BERNAL PULIDO a 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.”⁸⁹³

Es menester recordar como cuando hablamos de poder constituyente estábamos 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 reelección presidencial indefinida a lo que la Corte Constitucional declararía su inconstitucionalidad tanto por vicios de procedimiento como por sustituir de manera flagrante la constitución.⁸⁹⁴

⁸⁹² CAJAS, M. (2007). “Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia”, en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, 7, pp. 19-40.

⁸⁹³ BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Editorial externado de Colombia, Bogotá, pp. 296-297

⁸⁹⁴ TREMINIO, I. (2013). “Las reformas a la reelección presidencial en América Latina”, *op, cit*, 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 en contra del acto legislativo 02 de 2004 que representaba una alteración al sistema democrático como la garantía de los derechos fundamentales. Así las cosas, la reelección presidencial podría suponer una afectación directa al principio democrático y de separación de poderes como al principio de igualdad, la democracia constitucional al impedir a alternancia en el poder como una excesiva concentración del mismo; el reforzamiento del sistema presidencial que de por sí ya ostenta bastantes competencias y poderes; el cambio de las reglas del juego electoral.⁸⁹⁵

De esta forma, mediante el acto legislativo 02 de 2004 se dio 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 a que el acto reformatorio de la Constitución desconocía el sistema de gobierno y régimen político predispuesto por el constituyente de 1991. Es por ello que para el demandante la reforma planteada por el Congreso de la Republica resulta ser de estricta competencia del pueblo.

La CCC al realizar el estudio de la constitucionalidad del acto legislativo 02 de 2004, teniendo como ejes de estudio el principio democrático y de separación de poderes, el principio de alternancia y la igualdad en materia electoral, señalando que la figura de la reelección presidencial no vulnera ninguna de los elementos esenciales ya señalados dado que se trata de un sistema de reelección limitado. Así el derecho de participación de la ciudadanía respecto del gobierno refleja una garantía misma del derecho que permitiría darle continuidad al mismo. A partir del razonamiento de la CCC es derecho de la ciudadanía expresarse sobre la gestión del gobierno de turno a fin de dar continuidad a sus políticas mediante el sistema de reelección. Enuncia el alto tribunal constitucional como los principios de participación y pluralismo político conlleva que la ciudadanía tenga la posibilidad de expresar sobre el proyecto político desempeñado por el funcionario candidato. Es por ello que no podrá señalarse que la reelección presidencial limitada sustituya un elemento esencial de la Constitución de 1991:

⁸⁹⁵ ROSERO, D. (2015). ¿Qué significa o como afecta la reelección presidencial en Colombia, desde la separación de poderes, en la Constitución política de 1991?, en *Diálogos de derecho y política*, 17(7), pp. 52 y ss.

“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.”⁸⁹⁶

La decisión de la CCC validara la reforma constitucional planteada por el Congreso de la Republica:

“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.”⁸⁹⁷

No deja de percibirse como 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 contantes interferencias del poder ejecutivo, generándose un desequilibrio en el sistema de pesos y contrapesos que trae consigo una suerte de autocracia en la que el

⁸⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 1040 de 2005.

⁸⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 1040 de 2005.

presidente de la república no tendrá mayores controles.⁸⁹⁸ No obstante, dentro del salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo 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 más 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 a fin de garantizar el principio democrático y de separación de poderes, Es por ello que el equilibrio institucional no resulta ser subvertido dándose continuidad a una democracia pluralista.

No obstante, la CCC al revisar el principio de alternancia lo confunde con el principio de electividad dado que al entender del alto tribunal la reelección presidencial no crea un nuevo contexto institucional, en tanto se garantiza la continuidad de las elecciones periódicas y democráticas.

Ante la decisión judicial reeleccionista, se ha planteado como elementos extrínsecos a la providencia tendrían un factor decisivo, nótese como la baja calidad de los juristas ternados por el presidente de la república le fue favorable para el aval de la reelección presidencial, destacándose que los mismos al ser ternado 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 adapte a las nuevas realidades sociales.⁸⁹⁹ No obstante, como crítica, el acto legislativo 02 de 2004 resulta ser contrario a la Constitución al subvertir el principio democrático y su cuidados balance institucional, evitando la concentración de poder en una sola rama del poder público, como 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

⁸⁹⁸ OLIVER, G. (2021). *Juicios de sustitución constitucional: caso la reelección presidencial, análisis de la sentencia C- 1040 de 2005*, Maestría en derecho con énfasis en derecho público, Universidad Externado de Colombia.

⁸⁹⁹ MANZO, G. (2020) “Panorama actual de la reelección presidencial: un análisis jurídico comparado dirigido a restablecer el Estado de la Democracia”, *op, cit*, p. 232.

diversas autoridades públicas dadas las especiales facultades nominadoras en cabeza del presidente.⁹⁰⁰

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.⁹⁰¹ Para Olmos no cabe duda que la adopción de diversos mecanismos de reforma constitucional implica una rigidez de la Constitución que conlleva la protección de la voluntad constituyente 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 a dicho texto.⁹⁰² Recuérdese como 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 misma sea subvertida, derogada o sustituida en su integridad.⁹⁰³

Una vez avalada la reforma constitucional para implantar la reelección presidencial limitada en el segundo periodo de Álvaro Uribe Vélez 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 Ley 1354 de 2009 el Congreso de la República se 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 a la Constitución por parte de los poderes constituidos, alterando el balance institucional entre las diferentes ramas del poder público.

La CCC destaca como la limitación temporal de la reelección presidencial implica un medio de control del poder constituyente a los poderes constituidos. Así en los regímenes

⁹⁰⁰ OLMOS, R. (2006), “La constitucionalización de las falacias, a propósito de la constitucionalidad del Acto legislativo 02 de 2004 sobre la reelección presidencial, en *Revista derecho del Estado*, 19, p. 121.

⁹⁰¹ Véase COLÓN- RÍOS, J. (2018), “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”, *op. cit.*

⁹⁰² OLMOS, R. “La Constitucionalización de las falacias, a propósito de la constitucionalidad del Acto legislativo 02 de 2004 sobre la reelección presidencial”, *op. cit.*, p. 119.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 111.

presidenciales, la flexibilidad 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.”⁹⁰⁴

En este mismo sentido la CCC se definiría por la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de convocatoria a referendo desde un punto de vista nominal, dado las diferentes facultades nominadoras en cabeza del presidente de la república que termina 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

⁹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010.

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.”⁹⁰⁵

Los sistemas presidencialistas presentan el riesgo de ruptura del principio de separación de poderes debido a las amplias facultades normativas del poder ejecutivo como sus órdenes ejecutivas. De esta forma, el principio democrático y de separación de poderes buscan desarrollar el principio de igualdad en las decisiones colectivas como la defensa de los derechos y garantías constitucionales, evitando la concentración de poderes en una rama del poder en una 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 debido a la coincidencia de periodos entre el presidente y los órganos de control, siendo las facultades nominadoras y electorales en cabeza del presidente piezas angulares para la ruptura del principio democrático y de separación de poderes.⁹⁰⁶

Del mismo modo, la CCC hace explícitas las capacidades nominadoras en cabeza del presidente de la república que ponen en peligro el sistema de “*check and balances*” o el sistema de pesos y contrapesos, debido a la participación del presidente en la conformación de los miembros de otras ramas del poder público.⁹⁰⁷ Nótese como en la sentencia C-141 de 2010 la CCC se hace mención a 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

⁹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010.

⁹⁰⁶ ÁLVAREZ, J. (2009). “El rompimiento del sistema de pesos y contrapesos y la concentración de poderes públicos. El caso colombiano”, en *Derecho y realidad*, 14, pp. 167- 176.

⁹⁰⁷ “A causa de la autorización de la reelección por una sola vez, Colombia aparece ubicada en el límite máximo de permanencia de una misma persona en el cargo de Presidente, pues, según la experiencia de países con sistemas presidenciales estrictos, la doctrina y la propia historia institucional demuestran que ocho años de mandato presidencial constituyen un límite más allá del cual existen serios riesgos de perversión del régimen y de la estructura definida por el Constituyente, además, el reforzamiento de los poderes nominadores del Presidente de la República y su efecto en el sistema de frenos y contrapesos, por su participación en la conformación de otras ramas del poder público y de órganos de control, nombrando miembros e interviniendo en la integración de distintos órganos constitucionales mediante la proposición de candidatos para su elección, por lo que las potestades nominadoras originalmente plasmadas en la Constitución de 1991 resultaron modificadas en virtud del Acto Legislativo 02 de 2004, pero una segunda reelección inmediata las reforzaría desde la perspectiva del diseño original de la Constitución de 1991. Así, la eventual prolongación del mandato presidencial hasta doce años supondría la ruptura del equilibrio entre la figura del Primer Mandatario investido de relevantes poderes por el sistema de gobierno presidencial, cuyas atribuciones de nominación resultan reforzadas y cuyo período coincide con los de los funcionarios de los distintos organismos de control y judiciales que designó o fueron elegidos de temas por él propuestas, frente al papel que cumplirían estos organismos de control encargados de asegurar el sistema de frenos y contrapesos respecto del poder presidencial.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 141 de 2010).

institucional, contradiciendo lo dicho en la sentencia C- 1040 de 2005.⁹⁰⁸ El alto tribunal también indicará como la Ley 1354 de 2009 desconoce el principio de igualdad, en tanto la norma no tiene una finalidad general, sino que solo busca el establecimiento de la continuidad del periodo que a su vez genera una posición favorable del candidato que es presidente frente a sus demás contendores políticos, en razón a las amplias facultades constitucionales que este ostenta.⁹⁰⁹

Se resalta también como el principio democrático como eje esencial de la Constitución 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 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

⁹⁰⁸ “En la doctrina, la prolongación, por una sola vez, del período de mandato de un parlamento e igualmente la prolongación, por una sola vez, de la duración del mandato de un Presidente, suelen ser citados como ejemplos destacados de una rotura o quebrantamiento de la Constitución que, según las circunstancias específicas de cada caso, puede presentarse en total armonía con la Constitución o en radical desacuerdo con ella. Siendo del caso mencionar que para Corte la rotura o quebrantamiento de la Constitución, corresponde a un caso particular de modificación de la Constitución que se produce cuando se derogan sus normas sólo en un supuesto determinado en tanto que en todos los demás posibles tales normas continúan vigentes, siendo incierto establecer si las posibles derogaciones sean o no, sólo las previstas en el mismo texto constitucional.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 141 de 2010)

⁹⁰⁹ “Si bien la exigencia de la universalidad o generalidad de las leyes es una de las manifestaciones del principio de igualdad en la producción normativa, en la medida que corresponde al Legislador tratar de manera igual a un conjunto de sujetos destinatarios de una regulación específica y esta finalidad se cumple mediante la expedición de disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, las leyes de contenido singular o leyes de caso único siempre han suscitado recelos sobre su constitucionalidad, precisamente por apartarse de la exigencia de generalidad de la ley y por ser sospechosas de vulnerar el principio de igualdad, que es justamente lo que acontece con la Ley 1354 de 2009 que se aprobó con la finalidad específica de permitir al actual Presidente de la República aspirar a un tercer mandato consecutivo, a pesar de que la pregunta que se iba a someter a votación popular versara sobre una hipótesis general y abstracta. Adicionalmente, la disposición suscita también otras cuestiones relacionadas con el principio de igualdad, específicamente en lo que hace relación con la igualdad en las contiendas electorales, en la medida en que el presidente candidato goza de una posición de ventaja respecto a los restantes contendientes, por lo que resulta comprometido el principio de igualdad y por contera el pluralismo político. (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 141 de 2010).

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.” (Subrayado fuera del texto)⁹¹⁰

Recordemos como el principio de alternancia es necesario en cualquier gobierno republicano que permita la definición de las reglas del juego democrático que limita los periodos de los funcionarios del Estado, generándose la posibilidad de que las fuerzas opositoras puedan ostentar el poder en próximos periodos y se fortalezcan los escenarios democráticos. Así las cosas, para la CCC una segunda reelección presidencial sustituye los principios de democracia participativa, supremacía constitucional, soberanía popular, separación de poderes y Estados social a partir de la instrumentalización de los mecanismos de participación ciudadana para avalar una reforma que desconoce la génesis constituyente.

En su momento, CIFUENTES señalo como una segunda reelección presidencial alteraría el sistema democrático dadas las exorbitantes facultades del presidente de la República, impidiendo el acceso a 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, obstaculizándose 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; (5) él desconociendo de la forma republicana de gobierno que lleva implícito la alternancia en el poder y el límite temporal a los periodos institucionales.⁹¹¹

⁹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010.

⁹¹¹ “Si a causa de la segunda reelección el sistema presidencial corre el riesgo de degenerar en el presidencialismo, si, además, el pluralismo, la participación y la noción de pueblo prohijada constitucionalmente sucumben ante la permanencia en el gobierno de una mayoría y si, por último, los elementos que configuran el modelo republicano se desvirtúan, ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible en la que llegara a surgir de la autorización de una segunda reelección presidencial. De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la

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.⁹¹² 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 que pese a que no se impongan límites expresos a determinados mecanismos de cambio constitucional, el constituyente sí busco diferenciar y adoptar una pluralidad de medios a fin de generar líneas divisorias al poder de reforma.⁹¹³

En la sentencia que se abordaría la reelección presidencial indefinida se hace explícito de igual manera como 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 inclusive controlan al poder ejecutivo.⁹¹⁴

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

concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen parte el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión.”(CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010)

⁹¹² DE LA CALLE, H. (2009). “El significado político de una nueva reelección”, en *Reelección presidencial*. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/7632>. Pp.

⁹¹³ 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 límites algunos al tratarse de un verdadero poder constituyente.

⁹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010.

La oleada reeleccionista en el NCL toma curso en la Constitución de Venezuela de 1999, estableciendo la posibilidad de una reelección inmediata con el aumento del periodo presidencial de cinco a seis años. Así las cosas, con el nuevo mandato constitucional el presidente podría mantener en el poder hasta doce años. Ahora entonces, 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 convoca a referéndum a 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 podrá perderse de vista las amplias facultades normativas en cabeza del presidente de la república, teniendo capacidad de proferir decretos con fuerza material de ley para convocar a asamblea nacional constituyente, referéndum consultivo abrogatorios de leyes o de aprobación de tratados internacionales. De la misma manera, la Constitución de 1999 prevé la facultad del presidente de la república de proponer y enmiendas y reformas a la constitución.

Veamos como la CPV en su artículo 6° establece de forma directa como el sistema de gobierno “es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable y pluralista y de mandatos revocables” donde para algunos la misma estructura del referido artículo implica que dicha norma no puede ser modificarse mediante los procedimientos de enmienda o reforma, sino solo el poder constituyente originario a través asamblea constituyente puede realizarlo.⁹¹⁵

Así las cosas antes de realizarse el referéndum que pretendía que el pueblo decidirá 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 que señalaba que en un mismo periodo constitucional no podría presentar nuevamente un proyecto de reforma constitucional; 2) si la Constitución podría enmendarse

⁹¹⁵ BREWER- CARIAS, A. (2022). “Constitución de plastilina y vandalismo constitucional”, *op. cit.*, p. 104.

para establecer la reelección presidencial indefinida sin afectar el principio de alternancia propio de los sistemas democráticos.

En el caso de la imposibilidad de presentarse un mismo proyecto de reforma, la SCTSJV señaló que el mismo no era aplicable dado que se trataba de una enmienda y no 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 da respecto de los proyectos de reforma de la Constitución, más no de los de enmienda. Por ello, el procedimiento de enmienda no se encontraba sujeto a ningún límite y su tramitación podría 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 sería presentado como un proyecto de enmienda constitucional, modificando las reglas y limitaciones del procedimiento de cambio, pero teniendo un mismo objetivo, en tanto afectaba de la misma manera el sistema de gobierno.⁹¹⁶ 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, social de derecho y 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 de su derecho al voto. El alto tribunal venezolano destacara 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 inmovible, ajeno a las necesidades sociales. Mas aun, 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

⁹¹⁶ GRIVALJA J, y MORENO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op. cit.* p. 20.

ciudadanos en peor situación económica, pues la norma constitucional solo debe estar a su servicio.”⁹¹⁷

La SCTSJV mediante esta sentencia allano el camino para dar aprobación al referendo reeleccionista que se celebraría el 15 de febrero de 2009 a través del fraude a la rigidez de la Constitución dándose trámite a un procedimiento de enmienda cuando en realidad se trataba en el mejor de los casos a un procedimiento de reforma. Lo anterior desconoció la prohibición señalada por el art. 345 que impide que sean tramitados proyectos de reforma a la constitución ya rechazados por el pueblo en un mismo periodo. La SCTSJV paso por alto la voluntad popular plasmada en la Constitución al desconocer los procedimientos y reglas al cambio constitucional olvidando que “que la norma constitucional, a lo que 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”.⁹¹⁸

Es por ello que 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 sería la misma implantar un régimen de gobierno reeleccionista que permitiera la asunción de un gobierno autocrático. De este modo, el fraude a la Constitución conllevo a su vez un ejercicio de mutación constitucional del principio fundamental del gobierno alternativo señalado por el art.6 de la Constitución estableciendo la posibilidad de reforma continua y sin límites de los cargos de elección popular.⁹¹⁹

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 benefician a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un

⁹¹⁷ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, sentencia 49 del 3 de febrero de 2009.

⁹¹⁸ BREWER- CARIAS, A. (2022). *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, op, cit, p. 151.

⁹¹⁹ Así mismo indica el autor venezolano: “Por ello es falso lo que afirmo 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.”, en BREWER- CARIAS, A. (2022). *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, op, cit, p. 152.

gobierno que consideran no ha realizado acciones en consonancia con las necesidades sociales bajo los parámetros establecidos por la propia Constitución.⁹²⁰

Con esta sentencia sin lugar a dudas la SCTSJ permitió la mutación de la Constitución de forma ilegítima eliminando la prohibición de ser elegido de forma inmediata por más de un mandato desconociendo el principio de alternancia consagrado en el art. 6. Por ello, la SCTSJ refiere en su sentencia a la garantía del principio de gobierno electivo que no puede ser asimilado al principio de alternancia. No puede olvidarse como el principio de alternancia resulta ser un límite impuesto por el propio poder constituyente a sí mismo a partir de la necesidad de cambio de los representantes cada tanto tiempo, protegiendo el sistema democrático de proyectos continuistas. BREWER- CARIAS indica al respecto:

“La Sala Constitucional, con su sentencia No. 53 d 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 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).”⁹²¹

Así mismo, la SCTSJV cita la jurisprudencia de la CCC referente a la reelección presidencial y retomando la idea de que esta institución jurídica no sustituye un núcleo esencial de la Constitución, en tanto en apariencia no se subvierte el modelo de Estado social de derecho, en forma de república unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.⁹²² Así mismo, señala que el cambio constitucional resulta ser legítimo debido a la necesidad de adaptación del sistema político según las realidades sociales propias del devenir histórico, apelando al clásico argumento de

⁹²⁰ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, sentencia 49 del 3 de febrero de 2009.

⁹²¹ BREWER- CARIAS, A. (2022). *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, op, cit, pp. 107.

⁹²² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 49 del 3 de febrero de 2009.

actualización de los contenidos constitucionales con los que se sustenta gran parte de la teoría de las mutaciones constitucionales.⁹²³

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 destaco que la posibilidad de reelección presidencial resulta se run incentivo al gobernante. Destaca también como 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 las elecciones periódicas, confundiendo el carácter alternativo del sistema político con el carácter electivo del gobierno en democracia.⁹²⁴

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 al cambio constitucional dado que los umbrales electorales son menos gravosos que en el caso de la reforma y la asamblea nacional.

En todo caso como señala MANZO, la SCTSJV genero una deformación del principio de alternancia, en tanto que el mismo implica una constante renovación de las estructuras gubernamentales tanto de los individuos como de ideologías para conseguir una mejor distribución del poder, fortalecer la institucionalidad, generar mayores incentivos a las buenas y efectivas políticas públicas como lograr un mejor nivel de representación de los ciudadanos. La SCTSJV dio un alcance al artículo 6 de la CPV muy distinto a lo preceptuado por el poder

⁹²³ “De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. 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 incommovible, ajeno a las necesidades sociales. Mas 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 socioeconómica, pues la norma constitucional so□ lo debe estar a su servicio.” (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 49 del 3 de febrero de 2009)

⁹²⁴ GRIVALJA J, Y MORENO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op. cit.*, p. 20- 21.

constituyente, generando un fuerte desbalance institucional en el principio democrático y de separación de poderes.⁹²⁵ Como corolario se puede decir:

“La sala constitucional, con su sentencia N°. 53 del 3 de febrero de 2009, una vez más al servicio del autoritarismo, muto 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 la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado.”⁹²⁶

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 venezolanos y boliviano. Con la Constitución de 2008 se previó la posibilidad de un segundo periodo presidencial de manera consecutiva, los cuales debían tenerse en cuenta a partir de la entrada en vigor del nuevo texto. Para el año 2014 se presentó proyecto de enmienda a fin otorgarse la posibilidad de reelección presidencial de manera indefinida, siendo avalado por parte de la CCE.

Al igual que en el caso venezolano, el presidente de Ecuador tiene amplias potestades legislativas como interferencia en la elección de altos funcionarios del Estado.⁹²⁷ Sin embargo, el constituyente de 2008 exigió que en el caso de darse iniciativas por parte del presidente para reformar la Constitución se tendría que contar 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

⁹²⁵ MANZO, G. (2020) “Panorama actual de la reelección presidencial: un análisis jurídico comparado dirigido a restablecer el Estado de la Democracia”, op, cit, p. 227-230.

⁹²⁶ BREWER-CARIAS, A. (2022). *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, op, cit, p. 229.

⁹²⁷ “En efecto, esta Constitución crea una Función de Transparencia y Control Social que junto a la Función Electoral se añade a las funciones clásicas, ejecutivo, legislativo y judicial. Esta Función de Transparencia asume las competencias constitucionales, antes radicadas en el legislativo, para designar mediante ternas o concursos a los titulares del Consejo de la Judicatura, órganos de control, Defensor del Pueblo, Defensor Público, Procuraduría y titulares de la Función Electoral.”, en GRIVALJA J, y MORENO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, op, cit, p. 30)

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, entre tanto un sistema de reelección presidencial indefinida termina flexibilizando el principio democrático a una mínima expresión. En todo caso, el tribunal constitucional sustenta su decisión en la unidad entre la realidad y la Constitución propuesta por HELLER para dar efectividad a la norma constitucional, lo anterior en detrimento de las bases ontológicas propias de la Constitución y la defensa de la soberanía popular plasmada en el texto:

“En efecto, la Constitución establece garantías básicas a ser observadas en los procesos electorales para garantizar la eficacia de los derechos constitucionales, las que deben ser desarrolladas en las otras fuentes del derecho, con lo cual, una interpretación integral de este elementos nos permitiría identificar como característica fundante del Estado ecuatoriano la existencia de un régimen democrático, que al igual que otras características, no es un elemento del todo o nada, pues, como señalamos anteriormente, no existe un único sistema, no sistemas que sean mejores o peores, ya que estos dependen de la configuración de varios subelementos; de ahí que en algunas ocasiones el propio régimen democrático exige que “la reforma constitucional se convierte en herramienta de la afectación entre la normalidad y la normatividad.”⁹²⁸

En 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, entre tanto el principio de alternancia resulta estar implícito dentro del principio democrático:

“(…) la actual constitución ecuatoriana del año 2008 no reconoce a la alternancia como un elemento de la forma de gobierno, pues va de la mano con formas de organización colectivas, representación política, consejos de igualdad, o en la organización de asociaciones de trabajadores, conforme el ya citado texto constitucional previsto en el artículo 95.

⁹²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen 001-14 DCR-CC del 31 de octubre de 2014.

(...) de lo que se concluye que en el anterior esquema constitucional la alternancia no formaba parte de aquellos elementos constitutivos del Estado, pues, era una característica de la forma de gobierno establecida. Debiendo tomarse en cuenta que Estado y gobierno expresan conceptos de distinta naturaleza.”⁹²⁹

Se retoma nuevamente la necesidad de adecuación de la norma a las realidades y dinámicas sociales que permiten la alteración de la estructura institucional propia de las formas de gobierno y el régimen político, señalando que la reelección presidencial no se constituye como 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. Así mismo, se haría explícito la confusión entre el principio de alternancia en el poder con el de electividad:

“El cambio de normatividad constitucional denota el dinamismo que caracteriza al derecho, las normas constitucionales se adaptaron a las nuevas exigencias de la sociedad en un momento histórico determinado, como resultado del ejercicio democrático. Es decir, este principio no se encuentra inmerso dentro de los elementos constitutivos del Estado, los mismos que conforme se citó en apartados anteriores “se encuentran contenidos en la propia Constitución en sus artículos del 1 al 9”, lo que evidencia que el constituyente ecuatoriano, en el caso de la vigente Constitución, no considero la alternancia como un elemento que forme parte de la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado, no tampoco como una característica esencial de la forma de Gobierno.

Ahora bien, el hecho que la alternancia no se encuentre dentro de los elementos constitutivos del Estado no significa que haya desaparecido del régimen democrático ecuatoriano, en virtud que la presencia de la alternancia es resultado del ejercicio del derecho constitucional de participación de elegir, pues es el pueblo quien evalúa ante nuevas propuestas si se inclina por ellas, que en caso de ser mayoritaria la acogida por medio del sufragio, la alternancia se hace presente.”⁹³⁰

En un tercer nivel, la CCE aplicaría una interpretación progresiva de los derechos políticos de los ciudadanos, desconociendo en carácter regresivo de la reelección presidencial para el sistema democrático dada la fuerte concentración de poder en la rama ejecutiva. Dicha

⁹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen 001-14 DCR-CC del 31 de octubre de 2014.

⁹³⁰ *Ídem.*

interpretación evocaría una amplificación de los derechos de participación de los ciudadanos y el funcionario público:

“En efecto, la eliminación de la referida restricción a la candidatura de las personas reelectas para un cargo público de elección popular no implica ninguna alteración o regresión a los derechos y garantías constitucionales previstos en nuestra constitución. Por el contrario, se establece lejos de poner límites o vulnerar derechos y garantías constitucionales, las propuestas constitucionales sugeridas buscan garantizar el principio constitucional de participación democrática de los ciudadanos, previsto en el artículo 95 de nuestra constitución y los derechos de participación de los ecuatorianos constantes en los numerales 1 y 2 del artículo 61 *ibidem*, referidos al derecho a elegir y ser elegidos, así como también a intervenir en los temas de interés nacional.”⁹³¹

Finalmente, la CCE preceptuar sobre la posibilidad de que la reelección presidencial sea tramitada mediante un procedimiento de enmienda ya que no desconoce ningún elemento esencial o estructural de la Constitución, sino que lejos de producir una limitación lo que se da es una amplificación de los derechos constitucionales:

“En aquel sentido, la propuesta no se encasilla dentro de los presupuestos establecidos en los artículos antes mencionados, toda vez que la misma busca la eliminación de la limitación en cuanto al proceso de reelección de autoridades públicas, fomentando el régimen democrático, por medio del cual la decisión del electorado se verá afianzada a través de procesos electorarios con candidatos que deberán participar en un proceso plural, en el que a través de la decisión del electorado dicha renovación deberá ser legitimada.

Tampoco se evidencia una restricción de los derechos o garantías de las personas, más aún considerando que a través de las propuestas se pretende afianzar el ejercicio de los derechos de participación de las personas en su doble dimensión, tanto la facultad de las personas de elegir entre diversos candidatos en ejercicio de una democracia participativa, así como de los derechos de las personas para ser reelectas sin limitaciones más que a confianza del electorado”.⁹³²

Sobre el mecanismo de cambio constitucional escogido deberá hacerse explícito como la CCE legitimó dicho medio a partir de la tesis que la reelección presidencial no restringía los

⁹³¹ *Ídem*

⁹³² *Ídem.*

derechos y garantías constitucionales, sino por el contrario, se presentaba una ampliación de los mismos. Así mismo, presenta una contradicción al abordar lo relativo a los elementos constitutivos del Estado para definir el mecanismo de cambio constitucional procedente la reelección presidencial indefinida; un primer argumento señalando que solo son elementos constitutivos del Estado aquellos previstos en los artículos 1-9 de la Constitución y la posibilidad de que los elementos constitutivos sean descifrados a partir de la interpretación del juez constitucional.⁹³³

En el caso ecuatoriano se presenta una mutación del principio democrático y de separación de poderes, como la burla a los mecanismos de reforma constitucional vía interpretación, desconociendo un elemento fúndante del sistema político ante el amplio margen interpretativo del juez para definir el elemento definitorio.

Para el año 2017 nuevamente se presentaría el debate sobre la reelección presidencial, esta vez prohibiendo la misma. 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 perdamos de vista como 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 lo son las preferencias políticas, económicas y sociales.⁹³⁴ En todo caso, los poderes constituidos han acudido a los tribunales constitucionales a fin de legitimar sus actuaciones bajo el prisma de la constitucionalidad de la norma, apelando a criterios externos como independencia y autonomía de la función judicial, pero de la cual carecen los jueces constitucionales como además a criterios internos como lo es la racionalidad de la interpretación constitucional.

Los jueces constitucionales del NCL han confundido el principio de alternancia con el de un 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

⁹³³GRIVALJA J, y MORENO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op, cit*, pp. 34-35.

⁹³⁴ 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?”, *op, cit*, p. 872.

ejercicio de altos cargos estatales— a que las autoridades sean elegidas a partir de elecciones democráticas de forma periódica. 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, dándose un salto a la reelección presidencial sin ningún tipo de límite, evocando aires de dictadura.⁹³⁵

Como corolario, las modificaciones a la Constitución para la búsqueda de 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; el principio de representación dado que evita que más personas accedan a cargos de elección popular; y el principio de alternancia que evita la concentración de poder en una sola persona y subvirtiendo las instituciones propias del Estado constitucional que posibilita la vulneración de los derechos humanos.⁹³⁶

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

En Bolivia en la nueva constitución de 2008 se estableció la posibilidad de reelección inmediata, no obstante, el párrafo del artículo estableció la necesidad de que los mandatos presidenciales anteriores a la entrada en vigencia fueran contabilizados a través de diversas maniobras interpretativas de origen legislativo que posteriormente serían avaladas por el TCPB, todo ello posibilitaría una segunda reelección presidencial. De esta forma, para el año 2016 ya reelegido dos veces el presidente Evo Morales, se impulsó la reforma presidencial para la reelección indefinida, siendo rechazada esta propuesta por el pueblo. Ante la negativa del poder soberano los poderes políticos presentarían una demanda de inconstitucionalidad a la decisión tomada por el pueblo, a lo que el TCPB declararía la inaplicabilidad de la decisión popular, teniendo como principal eje la vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹³⁷

⁹³⁵ BREWER- CARIAS, A. (2022). *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional*, *op. cit.*, p. 106.

⁹³⁶ 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?”, *op. cit.*, p. 865- 866.

⁹³⁷ GRIVALJA J, y MORENO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *op. cit.*, pp. 36-37.

Hagamos énfasis en como por mandato del constituyente el sistema de reelección presidencial en Bolivia no es ilimitado, sino que por el contrario, fue concebido como un límite al poder ejecutivo que concentra amplias facultades. Sin embargo, lo que sí permitió el constituyente era la reelección, pero no de manera continua, previendo que una vez culminado el periodo de reelección inmediata el presidente no podría postularse de forma continua, pero sí para un periodo posterior. El constituyente boliviano en todo caso quiso concebir un sistema de reelección inmediata limitada a fin de premiar la buena gestión del presidente de turno, favoreciendo su participación en la contienda electoral por una sola vez de manera continua.⁹³⁸

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 legislativo. También contempla la facultad de convocar a referendo para la reforma total o parcial de la Constitución mediante asamblea constituyente. De la misma forma, el presidente de la República cuenta con sendas capacidades nominadoras y de elección de altos funcionarios del Estado que conlleva la concentración de un amplio poder.⁹³⁹ Pese a la rigidez de la Constitución Boliviana y la defensa de la voluntad popular plasmada en los mecanismos de cambio constitucional a través de la decisión popular, los poderes constituidos encontraron medios alternativos a fin de modificar el sentido de la Constitución sin trastocar en ningún momento el tenor literal de la misma. Es como los poderes políticos a través de la interpretación de la Constitución establecieron un régimen político reeleccionista de forma indefinida sin límite alguno.

Inicialmente, el artículo 168 de la CPB preceptuó la posibilidad de reelección presidencial inmediata solo por una sola vez, haciéndose inconstitucional una tercera reelección por expresa disposición popular. Además de ello, la misma Constitución en el artículo transitorio 1 inciso 2, establecería que los mandatos anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución serían tenidos en cuenta para el cómputo de nuevos periodos.

⁹³⁸ RIVERA, J. (2011). “La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 12, p. 25-26.

⁹³⁹ “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 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.

En el caso en específico, Evo Morales sería elegido presidente de la República para el año 2005, es decir, su elección se daría con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 2009. Así mismo sería reelegido para 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 nacional proferiría la Ley 082 de 2013 donde interpretaría que los mandatos debían ser contabilizados a partir de la entrada en vigencia de la nueva constitución, siendo claramente contradictoria del artículo 1 transitorio. En todo caso, sería aún más grave el aval de la mutación constitucional por parte del TCPB al declarar la constitucionalidad de la norma y permitiendo un tercer mandato presidencial contra la voluntad popular en el año 2014.

La Ley de aplicación normativa se contempló como un proyecto que, pese a la claridad del texto constitucional buscó el desarrollo por parte del legislador a fin de dar aplicación a la norma especial sobre 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.⁹⁴⁰

La Constitución Boliviana como norma vinculante para todos los poderes del Estado cuenta con mecanismos de defensa que como ya vimos se dan mediante el control concentrado de constitucionalidad, siendo el TCPB el intérprete auténtico de la Constitución, constituyéndose su interpretación como vinculante para las demás autoridades públicas. Se recalca que la Constitución no autoriza a que sea el poder legislativo el encargado de interpretar las normas del texto supremo. De allí que la Ley 082 de 2013 representa no solo una mutación del sistema político a través de la permisibilidad a una segunda reelección presidencial que alteraría el sentido de la Constitución sin modificar el texto, sino que también se presentara un escenario de usurpación de funciones por parte del legislador ya

⁹⁴⁰ VARGAS, A. (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”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 19, pp. 448-450.

que este por mandato constituyente no es el encargado de definir el sentido último de la Constitución.⁹⁴¹ Indica Vargas sobre la naturaleza de interprete auténtico del TCPB:

Y precisamente, por mandato constitucional, el TCP ha sido configurado como el máximo guardián y supremo interprete 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.⁹⁴²

Es de esta manera la tesis del legislador busco realizar una interpretación extensiva de las normas constitucionales, contradiciendo el tenor literal del texto constitucional que resultaba no tener mayores dificultades interpretativas, haciendo 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 señalara en primer término 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

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 452

⁹⁴² *Ibid.*, p. 455.

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.”⁹⁴³

Véase como la Asamblea Legislativa de forma flagrante y directa modifica la estructura orgánica de la Constitución, actuando por fuera de sus competencias constitucionales, erigiéndose como intérprete auténtico de la Constitución que permite la alteración del sistema constitucional y el mismo control de constitucionalidad. Sin embargo, el accionar del poder legislativo tendría como agravante la anuencia del TCPB quien admitiría y validaría la posición normativa preceptuada por la Asamblea legislativa. Es como se debe hacer énfasis en la modificación de la Constitución vía legislación avalada por el TCPB que conllevo el exceso en las funciones interpretativas del legislador y el desconocimiento de la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Todo esto a partir de una interpretación que no atiende a su tenor literal. En resumidas cuentas, el análisis realizado por el TCPB resulta ser una contradicción del principio de separación de poderes en cualquier Estado de Derecho, perimiéndose que el poder legislativo realice funciones del poder judicial sin el aval del pueblo.⁹⁴⁴

En este caso se presenta una mutación constitucional a través de prácticas contra la constitución o a través de sentencias manipulativas, esto vía interpretación constitucional que flexibiliza los contenidos constitucionales y desviando sus sentidos comunes como su eficacia normativa.⁹⁴⁵ El TCPB desconoció el sentido y tenor literal de la Constitución a fin de posibilitar una segunda reelección presidencial, generándose una elusión a los procedimientos gravados de reforma, tramitándose el cambio a través de una Ley.

Lo referenciado representa la modificación del sentido de la norma constitucional sin modificar su enunciado normativo teniendo dos principales problemas: (1) la ausencia de

⁹⁴³ Tribunal constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia 84 del 2017.

⁹⁴⁴ VARGAS, A. (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”, *op, cit*, p. 449; 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”, *op, cit*, 878.

⁹⁴⁵ VARGAS, A. (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”, *op, cit*, p. 463.

competencia de la asamblea nacional para tramitar la reforma constitucional dado que la misma solo puede ser aprobada por el pueblo como poder soberano; (2) la falta del medio desde un punto de vista material, en tanto el asunto a desarrollar no podría ser tratado como Ley al modificar elementos esenciales de la Constitución como lo son: 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 enuncia como 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 que para el caso en cuestión 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.⁹⁴⁶ Lo anterior denota la ausencia de límites a las facultades interpretativas de los tribunales y ponen en evidencia la falta de controles institucionales como sustanciales al garante de la Constitución. Ahora entonces respecto de la interpretación contraria al artículo 1 transitorio mencionaría el TCPB:

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.

De manera que el TCPB a fin de justificar su postura tomara como fundamento la teoría del poder constituyente y su carácter político como 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

⁹⁴⁶ *Ibid*, p. 464-465.

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 computo 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 creo 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 pre-jurídico; así la función constituyente, en mérito a su rasgo autónomo, es una fuente y esencia del nuevo orden jurídico, diferente del orden pre-constituido, en mérito de la cual, como se dijo, el nuevo orden diseñado, es diferente al pre-existente.

(...)

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.”⁹⁴⁷

Así mismo el TCPB sería fundamental para permitir la convocatoria a referéndum que permitiera una cuarta reelección presidencial,⁹⁴⁸ no obstante, el proyecto de reforma no

⁹⁴⁷ SENTENCIA DE LEY DE APLICACION NORMATIVA

⁹⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, sentencia 194/2015: “De acuerdo al sistema de gobierno instituido en la Norma Suprema, una de las formas de ejercicio de la democracia, es por medio del referendo conforme lo establece el art. 11.II.1 de la CPE, por su parte la norma prevista por el art. 121 del CPCo, establece que la consulta sobre la constitucionalidad de preguntas de referendo tiene por objeto garantizar la constitucionalidad de las preguntas que se elaboren para referendos nacionales, departamentales y municipales, teniendo legitimación para interponer la pregunta, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 123 del citado Código: “1. A iniciativa estatal, la Presidenta o el Presidente de la instancia legislativa que promueva la iniciativa de referendo o la Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional, cuando corresponda; 2. A iniciativa popular, la Presidenta o Presidente del Tribunal Electoral competente”. En el presente caso, es de aplicación además la norma contenida en el art. 411.II de la CPE, que dispone: “La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado;

encontraría el apoyo popular suficiente, lo que ocasionaría que los poderes constituidos presentasen una acción de inconstitucionalidad a la Constitución dadas 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 sentencia 084 de 2017, teniendo como principales líneas argumentativas la posibilidad de declarar norma constitucionales como inconstitucionales de conformidad con la teoría de BACHOF y en segunda medida, la aplicación preferente de las normas propias del derecho internacional de los derechos humanos conforme el control de convencionalidad.⁹⁴⁹ En la primera línea argumental, el alto tribunal resaltara la diferencia entre las normas tipo principio y las normas tipo regla como eje que permite dar preferencias a los principios sobre las reglas, concluyendo que a pesar de que la Constitución estableciera una limitación de la reelección presidencial dicha regla debía ser interpretada a la luz de otros principios constitucionales los cuales tendrían preferencia sobre la regla en cuestión.⁹⁵⁰

o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. **Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio**” (las negrillas nos corresponden). Conforme la normativa glosada precedentemente, el referendo se constituye en un medio de ejercicio de la democracia en Bolivia, mecanismo constitucional que además instrumentaliza la democracia participativa, operando el mismo a través de un procedimiento en el que invariablemente existe la obligatoriedad de la consulta de la constitucionalidad de la pregunta del referendo, misma que debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional a objeto de verificar la compatibilidad de su contenido con la Norma Suprema, garantizando de esa forma que la pregunta de referendo, objeto de la consulta, no lesione ni desconozca ningún precepto constitucional.”

⁹⁴⁹ VICIANO, R y, MORENO, G. (2018). “Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Corte Constitucionales”, *op. cit.*, p. 186.

⁹⁵⁰ Al respecto BACHOF 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, jnmanente a todo ordenamiento jurídico!”. En BACHOF, O. (2010). *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?*, Editorial Palestra, pp. 76- 79. En otro sentido 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**,

En la segunda línea argumental, el TCPB acogería los argumentos de los demandantes y apelando a la aplicación del artículo 256 de la CPB indico que se debía dar 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.⁹⁵¹ No obstante, los argumentos del TCPB tergiversan la jurisprudencia de la Corte IDH que 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.⁹⁵² De la misma manera no podrá darse una interpretación que desconozca de forma directa el contenido constitucional como obra del poder constituyente más sin la existencia de una jurisprudencia específica y concluyente de la Corte IDH sobre el tema sobre esto dirán VICIANO y MORENO como se constituyen 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 torcitera y peligrosa del control de convencionalidad con el único objetivo, manifiesto, de evadir con pretensiones de juridicidad la propia norma

determinando su **aplicación preferente** frente a las **normas constitucionales reglas**.” En TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, sentencia 084 de 2017.

⁹⁵¹ “Tomando en cuenta que conforme a la jurisprudencia glosada en el Fundamento Jurídico III.2. del presente fallo, uno de los principios que guían la hermenéutica de los derechos fundamentales, es el de la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, lo que abre el ejercicio del control de convencionalidad, con el objeto de contrastar las normas de la Constitución Política del Estado y las leyes, con los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y para el caso de establecerse incompatibilidad entre sus términos, declarar su aplicación preferente en el ordenamiento jurídico nacional; en consecuencia, al haberse determinado sobre la base de los fundamentos jurídico constitucionales expresados precedentemente, que la Convención Americana sobre derechos humanos, aprobada y ratificada por Bolivia, mediante Ley 1340 de 11 de febrero de 1993, en su art. 23 garantiza el ejercicio del derecho democrático de ser elegible sin restricciones, excepto en razón de exclusivamente a razones de edad, nacional, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil mental, o condena; es decir, que si bien el ejercicio de los derechos políticos no es absoluto, sus restricciones en el citado tratado de derechos humanos no encuentran un límite similar al establecido en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la CPE, como el de la posibilidad de reelección; es decir, la Convención establece derechos más favorables en relación a las normas contenidas en los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Norma Suprema, en ejercicio del control de convencionalidad que asiste a este Tribunal, corresponde declarar la aplicación preferente de la norma convencional indicada por sobre los señalados artículos de la Constitución Política del Estado, en la parte de su texto que limitan la reelección de las y los asambleístas del Órgano Legislativo, de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta y Vicepresidente del Estado, de las máximas autoridades ejecutivas de los gobiernos autónomos y de los integrantes de los Concejos y Asambleas de dichos Gobiernos, “a una sola vez de manera continua”, en estricta observancia del mandato contenido en el art. 256,1 de la CPE”, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, sentencia 084 de 2017.

⁹⁵² 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”, *op. cit.*, p. 881.

fundamental que le da carta de existencia al Tribunal y a las funciones que tiene encomendadas.”⁹⁵³

La decisión del alto tribunal conlleva la alteración de los equilibrios institucionales a través de un fraude a la Constitución, siendo una reforma al texto constitucional vía interpretación, desconociendo la voluntad popular plasmada que exige los cambios constitucionales mediante procedimiento de modificación formal.⁹⁵⁴

De esta forma, la rigidez de los mecanismos de reforma constitucional que dificultaron el cambio constitucional, como la derrota por las vías democráticas, hicieron necesario que se acudiera a las vías judiciales para eliminar cualquier restricción a la reelección presidencial.⁹⁵⁵

Es por ello que se ha denominado a lo acontecido en la institución de la reelección presidencial como constitucionalismo abusivo que busca mediante mecanismos de cambio constitucional que elimina el principio de pesos y contrapesos a fin de generar una ruptura en el sistema político que permita la asunción de un régimen autoritario.⁹⁵⁶ En todo caso es imperioso señalar como la existencia de estructuras institucionales que se consolidan como reglas, buscan en últimas la garantía de 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 al catálogo de derechos contenidos en las constituciones, ya que sin los primeros los poderes públicos concentrarían mayores facultades que harían nugatorios los derechos consagrados por el constituyente.⁹⁵⁷

Ante la declaratoria de la reelección como un derecho humano por parte del TCPB la comisión europea para la democracia señala: (1) que los límites a la reelección presidencial representa un límite al derecho de participación; (2) la inexistencia y consagración directa por parte de la sociedad del derecho a la reelección tanto en el derecho interno como en el

⁹⁵³ VICIANO, R y MORENO, G. (2018). “Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Corte Constitucionales”, *op, cit*, p. 186.

⁹⁵⁴ NOCERA, L. (2019). “Contradicción constitucionales: el Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano y la reelección de Morales. ¿una práctica de abusivismo constitucional?”, *op, cit*, p. 494.

⁹⁵⁵ VEGA, M. (2021). “¿El Estado de Derecho en peligro? El juez constitucional contra la Constitución y a favor de la Reección presidencial indefinida: caso Bolivia”, *op, cit*, p. 874.

⁹⁵⁶ CACHIN, R. “El nuevo autoritarismo latinoamericano: un reto para la democracia y los derechos humanos (análisis del caso venezolano)”, en *Estudios constitucionales*, 17 (1), pp. 24.

⁹⁵⁷ VICIANO, R y MORENO, G. (2018). “Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Corte Constitucionales”, *op, cit*, pp. 191- 192.

derecho internacional; (3) 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) la reelección presidencial puede poner en peligro la democracia; (5) la necesidad de que la reelección presidencial sea avalada directamente por el pueblo como poder soberano, situación que no es evidenciada en la mayoría de los casos; (6) la inexistencia de discriminación por los límites impuestos a la reelección presidencial dado que se buscan proteger otros derechos y fines constitucionales.⁹⁵⁸

De la misma forma, la Corte IDH ha hecho explícito, como los derechos políticos no son absolutos y, por lo tanto, pueden ser sujetos de restricciones como limitaciones.⁹⁵⁹ Es así como la Convención ADH no establece propiamente un sistema electoral específico ni tampoco un derecho humano a la reelección.⁹⁶⁰ Por el contrario, el mismo sistema interamericano prevé condiciones que pueden limitar los derechos políticos, no siendo admisible una interpretación dirigida a establecer el carácter absoluto de estos derechos.

El TCPB encargado de proteger la Constitución ha caído en manos de la judicialización de la política que sirve a los intereses del mandatario de turno que tiende a concentrar cada vez más poder a través de reformas no formales o mutaciones de la Constitución.⁹⁶¹ 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.⁹⁶² Como corolario de la interpretación realizada por el TCPB:

⁹⁵⁸ Comisión Europea para la democracia a través del del Derecho (Comisión de Venecia): informe sobre los límites a la reelección parte I- Presientes, Venecia, 2018, p. 8.

⁹⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Yatama vs Nicaragua.

⁹⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castañeda Gutman vs México.

⁹⁶¹ VEGA, M. (2021). “¿El Estado de Derecho en peligro? El juez constitucional contra la Constitución y a favor de la Reección presidencial indefinida: caso Bolivia”, *op, cit*, pp. 865.

⁹⁶² “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”, en NOCERA, L. (2019). “Contradicción constitucionales: el Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano y la reelección de Morales. ¿una práctica de abusivismo constitucional?”, *op, cit*, p. 498.

“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*.”⁹⁶³

Así las cosas, el mecanismo mediante el cual se avaló la reelección presidencial indefinida no solo muto la Constitución a través de una vía ilegítima en términos democráticos, también desconoció de forma directa la voluntad popular de la consulta realizada al pueblo.⁹⁶⁴ 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 Convención ADH dictaminan que lo realizado por el juez constitucional fue un amaño de la interpretación a favor de sus intereses denotando una vez más la ausencia de controles a la interpretación constitucional.

Es por ello que desde un punto de vista el proceso interpretativo racional realizado por el alto tribunal constitucional boliviano carece de legitimidad, ya que quedan dudas sobre su argumentación y fundamentación que se suma al desconocimiento de la voluntad popular consultada plasmada con anterioridad a la decisión judicial. Es como desde un punto de vista estrictamente interpretativo, el TCPB apeló a un criterio de interpretación literalista del art. 23 de la Convención ADH como si se tratara de un listado taxativo de restricción de los derechos políticos de los ciudadanos. Así olvida dar aplicación a un criterio sistemático de interpretación que exige que el proceso hermenéutico consulte la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico.⁹⁶⁵

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 505.

⁹⁶⁴ INARRA, L. (2019). “La limitación constitucional a la reelección de autoridades ejecutivas, su convencionalidad y legitimidad popular: una crítica a la sentencia del Tribunal constitucional plurinacional”, *op. cit.*, p. 240.

⁹⁶⁵ INARRA 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

La Constitución Boliviana de 2009 intensifica el papel del pueblo como poder constituyente estableciendo la necesidad que cualquier reforma deba contar con el aval popular vía referendo. Mientras que cuando se trata de reformas totales que pudiese afectar derechos constitucionales o bases fundamentales de la constitución se deberá darse proceso de asamblea constituyente previo referendo aprobatorio.⁹⁶⁶

2.10. Conclusiones del capítulo.

En América latina los mecanismos de cambio constitucional han sido frecuentes a fin de 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 a fin de refrendar el movimiento reeleccionista. Es por ello que la justicia constitucional ha sido el medio para refrendar 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, declarándose la constitucionalidad de reformas que sustituyen la voluntad popular expresa en los textos constitucionales que prohíben la reelección presidencial.⁹⁶⁷

Con todo, la justicia constitucional ha servido como canalizador y legitimador de la eliminación de los límites al poder presidencial a partir de ejercicios interpretativos que han mutado el sentido primigenio de la Constitución y la soberanía popular. Esto se ha dado debido a la falta de límites a la interpretación constitucional, generando una suerte de

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.”, en INARRA, L. (2019). “La limitación constitucional a la reelección de autoridades ejecutivas, su convencionalidad y legitimidad popular: una crítica a la sentencia del Tribunal constitucional plurinacional”, op, cit, p. 254.

⁹⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Art. 411.

⁹⁶⁷ VICIANO, R y MORENO, G. (2018). “Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Corte Constitucionales”, *op, cit*, pp. 197-196.

anarquismo hermenéutico en los jueces, como a su vez, 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.”⁹⁶⁸

⁹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 192.

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

Para MONROY 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, la asunción del principio de supremacía constitucional.⁹⁶⁹ De la misma manera, la interpretación de la Constitución como asunto de especial importancia en la interpretación constitucional ha abordado subcategorías para explicar la misma, de este modo se ha señalado: 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 en mayor profundidad lo relativo a los métodos de interpretación, sin que las demás subcategorías no sean abordadas siquiera transversalmente.

De este modo, para el desarrollo de este capítulo será importante realizar dos precisiones previas, abordando la noción de disposiciones y autoridad normativa, ello buscando explicar el objeto de la interpretación constitucional y la incidencia que tiene la noción de poder constituyente en la misma. Es por ello, que desde el NCL la idea de interpretación constitucional deberá ser limitada por la noción de poder constituyente como autoridad normativa suprema que dota de legitimidad y juridicidad al ordenamiento jurídico.

Es importante precisar como en Latinoamérica las discusiones en torno a la interpretación constitucional han sido guiada a través de dos principales ejes: la discusión entre la especificidad y la no especificidad de la interpretación constitucional; y la defensa del originalismo vs la asunción de la Constitución viva.⁹⁷⁰ Así las cosas, las siguientes líneas trastocaran transversalmente estas discusiones, pero aclarando que se incluirá una visión en clave de poder constituyente.

En primer lugar, GUAISTINI define las disposiciones normativas como “*enunciado normativo contenido en una fuente del derecho*”, mientras que como norma entiende que “*se trata del contenido o significación del enunciado*”. Por cuanto entre disposición normativa y norma no existe una

⁹⁶⁹ MONROY, M. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, p. 188.

⁹⁷⁰ VELA, M. (2021). “El debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución en el contexto latinoamericano. Una discusión desde cuatro trincheras”, en *Revista de derecho público: teoría y método*, 1, pp. 53-84.

equivalencia terminológica, ya que de una disposición podrán desprenderse diferentes normas, siendo competencia del intérprete escoger aquella que tendrá efectos en el orden jurídico.⁹⁷¹ Al respecto el profesor de Génova señalara:

“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).”⁹⁷²

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 a la realidad o momento históricos en que se da el significado a las palabras y frases de la Constitución, reflejándose la idea del intérprete constitucional y los límites que tiene el mismo.⁹⁷³

De este modo, la interpretación siempre será un proceso intelectual del cual surge la norma a través de tres elementos de la actividad hermenéutica. Así, el intérprete se ve compelido a adoptar un tipo de ideología de la interpretación que asuma respecto del texto constitucional, según los métodos que aplique para justificar la interpretación acogida y el resultado esperado por el intérprete. Sobre estas tres etapas del proceso hermenéutico desarrollaremos el presente capítulo.

Por otra parte, deberá abordar la noción de autoridad normativa para entender el grado de legitimidad de las mutaciones constitucionales o 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 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

⁹⁷¹ GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 77-78.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 79.

⁹⁷³ PULIDO, F. (2012). “Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional”, en *Dikaion*, 21 (1), p. 125.

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.”⁹⁷⁴

De este modo la autoridad normativa se vale de la formulación de enunciados lingüísticos para permitir o prohibir determinada conducta. Adicional a ello, se requiere de la competencia para que dichos enunciados formen parte del sistema jurídico, lo que implica que el sistema contiene disposiciones que permiten bajo determinados tramites o procedimientos la creación de actos normativos. De este modo, el poder soberano faculta a determinadas autoridades para crear enunciados normativos tendientes a regular determinadas relaciones sociales.⁹⁷⁵ Respecto de la competencia se pueden distinguir tres tipos de normas: (1) aquellas que señalan el órgano titular de poder y sus presupuestos para su ejercicio; (2) la tipología de actos que puede realizar y su procedimiento; (3) el alcance de los efectos del acto normativo.⁹⁷⁶ De cualquier manera, la competencia resulta ser un acto de la autoridad normativa que faculta a un órgano a la creación del derecho, siendo cualquier creación por fuera de esta competencia ilegítima por contraria 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 determinada, dirigiendo el accionar del agente.

Para RAZ el concepto de autoridad legítima termina haciendo referencia a una autoridad aceptada por sus destinatarios, lo que a su vez se requiere de una visión positivista que separa el derecho de la moral, pero también explica las razones excluyentes de las normas.⁹⁷⁷ 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 pudiesen posibilitar 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 no se encuentra supeditada a ninguna otra autoridad, impidiendo

⁹⁷⁴ CARACCILO, R. (1991). “El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción”, en *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, p. 69.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 71- 73.

⁹⁷⁶ LÓPEZ, F. (1992). “Autoridad normativa y normas de competencia”, en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de derecho*, 7, p. 114.

⁹⁷⁷ MORAL, L. (2000). “¿es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico”, en *Anuario de Filosofía del derecho*, 17, pp. 340 y ss.

que existan condicionantes o límites a la función soberana. Es bajo esta premisa que se diferencia la autoridad soberana de la autoridad facultada, teniendo esta última siempre los límites propios fijados por el constituyente.⁹⁷⁸ De este modo, la autoridad normativa se asimila a un poder de modificar las razones que en un momento fueron prevalentes, permitiendo conductas que en un momento fueron prohibidas o prohibiendo otras que en su momento fueron 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*”⁹⁷⁹, siendo la autoridad una especie de subpoder, entendiendo “*que las normas son razones protegidas y que todas las expresiones autoritativas son expresiones de poder*”⁹⁸⁰

Bajo la perspectiva del NCL, solo el poder constituyente se le atribuye la capacidad de modificar el sentido de la norma, siendo los cambios propuestos por los poderes constituidos —sin competencia del constituyente— cambios ilegítimos a la norma. Así mismo, la creación judicial carecería de competencia constituyente, lo que desembocaría en una alteración del principio democrático y de separación de poderes como el principio de soberanía popular.

De este modo, el papel interpretativo de los tribunales constitucionales encierra sendas tensiones con el concepto autoridad normativa en el NCL, en tanto que 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 las profundas indeterminaciones de los textos constitucionales, ya sea de manera intencional o no intencional por parte de la autoridad normativa, generándose un escenario para la discrecionalidad de los jueces. Empero, la inexistencia de una regla jurídica específica a un caso concreto, hace necesario adoptar modelos que regulen el proceso hermenéutico de los jueces,⁹⁸¹ más aún cuando se tratan de modelos como los del NCL que requieren que las decisiones judiciales se encuentren legitimadas de manera democrática a través de estos límites que señale el constituyente.

⁹⁷⁸ LÓPEZ, F. (1992). “Autoridad normativa y normas de competencia”, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁷⁹ RAZ, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 34.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 243.

Dicho lo anterior y concluido el carácter patológico de las mutaciones constitucionales en el NCL como su incidencia en la reelección presidencial como institución que altera la ingeniería constitucional, se hace necesario analizar las distintas aristas que desarrolla la interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano a fin de identificar posibles deficiencias del sistema que posibilitan la subversión de la Constitución por parte de la CCC.

En este acápite se aplicará un método deductivo que tratara de desarrollar unas líneas generales entorno a los modelos ideológicos de la interpretación, para enseguida abordar los distintos métodos de interpretación utilizados por la CCC⁹⁸² y finalmente se expondrán dos casos de análisis de la jurisprudencia de la CCC que ayudara a entender el peligro de la ausencia de límites a la interpretación que permite 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 1 de este trabajo se expuso brevemente unas 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 de la interpretación asumida por constituyente predispone los métodos de interpretación que guiarán la actividad hermenéutica.

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 a su ideología y métodos debido 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 que sirven de mecanismos de contención a los ilegítimos cambios que pudiese sugerir el intérprete sustituto de la Constitución. Así, bajo el postulado del constitucionalismo democrático que busca limitar a todos los poderes públicos, pero además defender la idea de la Constitución como obra del poder constituyente que solo

⁹⁸² La lista de métodos o criterios de interpretación de la Constitución utilizados por la CCC no es de carácter taxativa, sino que se tomarán los criterios más utilizados y desarrollados por el alto tribunal.

puede ser modificado por el soberano, deberán establecerse límites ideológicos y metodológicos a la función interpretativa de los tribunales constitucionales.

La interpretación ha sido un término utilizado para la actividad de definición de los vocablos o enunciados, pero también para el resultado de dicha actividad. GUAISTINI ha explicado que existen dos tipos de interpretaciones: una *interpretación- conocimiento* anclada en “*conocer o conjeturar el significado o los significados de una expresión determinada*”⁹⁸³. Por otra parte, se dará una *interpretación- decisión* cuando el interprete puede proponer un determinado significado a una expresión, esto implica otorgar preferencia a un significado sobre otro.⁹⁸⁴

La *interpretación- decisión* a su vez se podrá clasificar en aquellas interpretaciones que evocan un significado reconocido o aquellas que atribuyen un significado distinto a los ya reconocidos. Este tipo de interpretación conllevará naturalmente una facultad creadora en el intérprete.⁹⁸⁵ Ante la posible capacidad creadora de derecho 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, estableciendo 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.⁹⁸⁶

Ahora bien, el método, como procedimiento para llegar a un fin determinado, resulta ser extensible a la interpretación constitucional como unas guías, directrices o pautas para delimitar el significado de un enunciado normativo contenido en la Constitución. En todo caso, los métodos de interpretación son aplicados ante la discrepancia sobre el significado de un enunciado normativo, ya por la indeterminación del lenguaje o la contradicción de normas de un sistema jurídico.

La multiplicidad de métodos de interpretación constitucional de cierta manera evoca 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

⁹⁸³ GUAISTINI, R. (1999). *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*. [Trad. Ferrer, J] Editorial Gedisa, Buenos Aires, p. 203.

⁹⁸⁴ *Ídem*.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 205

⁹⁸⁶ RAZ, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, op, cit*, pp. 246-250.

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 buscaran la apertura interpretativa de la Constitución como “*una interpretación abierta a la ciudadanía a interpretar su propia Constitución*”⁹⁸⁷. Esta variedad de métodos interpretativos sin reglas que permitan regular 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 se quisiera 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 interpretativas, utilizando uno u otro método de interpretación, ya sea de manera parcial o conjunta para sostener sus hipótesis jurídicas.⁹⁸⁸ De esta forma, la libertad de métodos de interpretación tiene dos visiones: una ausencia de ideología del intérprete constitucional que permite que cada quien pueda adoptar su ideología propia; o una ideología del interprete 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 ser trasladada al intérprete cuando este emplea ejercicios hermenéuticos para darle sentido o significado de determinado enunciado normativo. Por ello, la ausencia de límites interpretativos por parte del poder constituyente deja un vacío ideológico que será sumido por el intérprete 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;

⁹⁸⁷ ARÉVALO, W, y 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”, en *Revista Ius et Praxis*, 2, p. 396.

⁹⁸⁸ 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 artículos 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.

mientras, las ideologías son un acto siempre consciente. Por ello, a nivel de interpretación, siempre existirá una relación entre derecho y visión del mundo.”⁹⁸⁹

Esto implica que la interpretación de la Constitución se encuentre circunscrita a una forma de 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 entiende como ideología el condicionamiento social de carácter previo que tiene una función objetiva de mantener el dominio de un grupo social.⁹⁹⁰ Así mismo, DI PASQUALE señalara 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 socio-histórico.

(...)

Una ideología se propone señalar— a grandes rasgos— sentidos de los actos colectivos, trazar el modelo de la sociedad legítima 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.”⁹⁹¹

Desde una visión conceptual de la ideología de la interpretación, GÓMEZ propondrá como 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.*”⁹⁹² De esta definición podemos señalar que la ideología de la interpretación jurídica en general estudia como el intérprete jurisdiccional cuenta con una idea propia del derecho, una idea de la función del juez y del contexto sociológico que expresa.⁹⁹³ Por esto la idea de derecho considera (1) que el

⁹⁸⁹ MERCADO, D y ECHEVERRÍA, M. (2015). *La interpretación en el derecho*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, p. 109-110.

⁹⁹⁰ VILLORO, (2015). *El concepto de ideología y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, México.

⁹⁹¹ DI PASQUALE, M. (2012). “Notas sobre el concepto de ideología. Entre el poder, la verdad y la violencia”, *Tabula Rasa*, 17, pp. 108-109.

⁹⁹² . M. (1999). “Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional. Elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional”, en *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, 1010, p. 13.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 14.

intérprete evoca el carácter normativo o político dentro derecho; (2) la función del juez se encontrara circunscrita a su papel de creador o mero aplicador del derecho y (3) el contexto sociológico indefectiblemente se refiere al carácter dinámico o no de los significados de los textos normativos.

Para PRIETO SANCHÍS señala que los elementos ideológicos no pueden ser eliminados del derecho positivo, por ello se hace necesario que el intérprete motive sus decisiones a 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.⁹⁹⁴ Esto no implica más que revisar el procedimiento hermenéutico con el cual el tribunal constitucional llega a una decisión.

En este punto quisiera acompañar lo anteriormente explicado con la diferencia que suscita la interpretación de la aplicación, en tanto que se trata de dos fases distintas, pero complementarias, ya que entre ambos conceptos se presenta una relación teleológica, no obstante, la interpretación del enunciado normativo es un medio para la aplicación de la norma a un caso en concreto.⁹⁹⁵

Ahora bien, dentro de las tipologías de ideologías de la interpretación, GÓMEZ señala tres clases: una ideología de la interpretación de la decisión vinculada o determinada; una ideología de la decisión libre; y una ideología de la decisión legal y racional.⁹⁹⁶ La ideología de la interpretación vinculada 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 como a elementos psicológicos propios del método histórico.⁹⁹⁷ 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,

⁹⁹⁴ PRIETO SANCHÍS, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, pp. 186- 187.

⁹⁹⁵ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, *op. cit.* 182.

⁹⁹⁶ GÓMEZ, M. (1999). “Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional. Elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 16

⁹⁹⁷ *Idem.*

creando una escala de valores contenidos o no en el ordenamiento jurídico.⁹⁹⁸ 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 la libertad interpretativa cuando la norma no es precisa, pudiendo el intérprete moverse dentro del sistema de valores creados por la autoridad normativa, empero no podrá contraria la norma que se interpreta debiendo justificar sus decisiones.⁹⁹⁹

Vista la 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 del 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, la función que cumple la Constitución dentro del sistema jurídico.

Así nótese como la ideología de la interpretación comparte elementos que permiten demostrar que las mutaciones constitucionales dependen del significado histórico del concepto de Constitución, la relación entre poder constituyente, soberanía y modalidades de reforma constitucional.¹⁰⁰⁰

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 garantiza 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 a fin de legitimar su accionar, estableciendo una serie de lineamientos, directrices, guías o

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰⁰⁰ STORINI, C. (2022). “Ideología, métodos y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 768.

métodos dirigidos a una finalidad política. Bajo esta línea GUASTINI presenta dos tipos de ideologías de la interpretación según el discurso que se adopte frente a la interpretación, esto es, una ideología anclada en un discurso prescriptivo que se fundamenta en la creación de métodos y directivas para la correcta interpretación de un texto normativo que dirige el ejercicio hermenéutico del juez de manera previa; y un discurso valorativo que consiste en evaluar la interpretación de un enunciado a *posteriori*.¹⁰⁰¹

Esta ideología en el NCL se encontrará ligada a la defensa de la soberanía popular en cabeza del pueblo, y, en consecuencia, la imposibilidad de que los poderes constituidos subviertan la voluntad popular plasmada dentro del texto normativo. Así, la ideología sirve como una finalidad legitimadora que permite al intérprete en caso de dudas 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 WROBLEWSKY, 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 se podrá señalar 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 estático, entendiendo que el cambio normativo debe producirse desde la autoridad normativa. Por tanto, el significado de un enunciado normativo no es modificable, en tanto el mismo enunciado no se vea modificado en sí mismo. Ello implica que se trate de una ideología que le atribuye la formulación de la norma, única y exclusivamente a la autoridad normativa.¹⁰⁰² De este modo, la ideología estática privilegia aquellos métodos de interpretación que analizan retrospectivamente la

¹⁰⁰¹ GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*, op, cit, p. 369.

¹⁰⁰² WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op, cit, pp. 73-75: al respecto el autor 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”

norma, eliminado cualquier tipo de adaptación o creación judicial, impidiendo el cambio informal por ir en contra de la certeza, estabilidad y predictibilidad del derecho.¹⁰⁰³

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 que se realiza el ejercicio hermenéutico, perimiendo 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.¹⁰⁰⁴

Ahora entonces, según la ideología de la interpretación que se adopte, se garantizara 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 que en ideologías dinámicas la Constitución adoptara cláusulas abiertas que permiten el cambio de la norma según las circunstancias sociales, entregándose un margen desbordado de competencias a los jueces, quienes pudiesen en ejercer funciones políticas al momento de interpretar.¹⁰⁰⁵

Del mismo modo en atención a la capacidad de modificar las reglas por parte de los jueces según las circunstancias sociales, CASTRO citando a SAGÜES señala que para entender la interpretación de la Constitución se hace 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 predispuesto que deben ser acatadas en virtud del respeto a la voluntad constituyente. De este modo se trata de una Constitución que deber 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 como aquel texto que se transforma de manera constante debido a la modificación de las realidades sociales, generándose un proceso de constante cambio en el

¹⁰⁰³ CASTRO, F. (2016). El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y la mutación constitucional”, Tesis de Doctorado en derecho constitucional, Universidad Castilla La Mancha, pp. 336

¹⁰⁰⁴ WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op. cit. pp. 75- 77.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, pp. 78-79.

que el juez asume una función de construcción jurídica del texto normativo a partir de elementos extra sistémicos al ordenamiento jurídico.¹⁰⁰⁶ 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 a su vez de la Constitución misma.

En este sentido, los modelos ideológicos de interpretación constitucional presentan diferencias uno del otro según el concepto que se tenga de Constitución, poder constituyente; legislador y juez constitucional: (1) En la ideología de la interpretación estática se percibirá como un texto rígido y no mutable, el cual debe respetar el sentido primigenio asignado por el poder constituyente dada su autoridad normativa, contemplándose un poder histórico en el que el juez deberá recurrir a la voluntad original. Por tanto, se concibe como un juez sin facultades de creación normativa, ya que dichas facultades se encontraran 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; (2) en la ideología de la interpretación dinámica, la Constitución será un texto flexible que se adapta a las realidades sociales de un momento determinado, contemplando un concepto de poder constituyente ahistórico que no consulta por su intencionalidad, sino que busca dar perpetuidad al texto bajo 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 teoría de la interpretación estática refleja una doctrina que refleja la idea de un juez limitado a la voluntad constituyente plasmada en el texto constitucional. Lo anterior podríamos sintetizarlo de la siguiente forma:

características de las ideologías de la interpretación				
<i>Ideología interpretativa</i>	<i>concepto de constitución</i>	<i>concepto de poder constituyente</i>	<i>concepto de juez constitucional</i>	<i>concepto de legislador</i>
<i>ideología estática</i>	rígida- inmutable	histórico	limitado	mayor capacidad normativa

¹⁰⁰⁶ CASTRO, F. (2016). *El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y la mutación constitucional*, op. cit, pp. 334- 335.

<i>ideología dinámica</i>	flexible- mutable	ahistórico	creativo-activista	menor capacidad normativa

Tabla 10. Elaboración propia.

De lo anterior se denota que no solo la interpretación se da cuando existen lagunas en el derecho o se presentan casos no regulados, sino que se trata de una condición propia de la ideología del interprete, en tanto que a pesar de que la norma no tenga una contradicción con otra o no se presente una laguna, el intérprete podrá o no otorgarle una nueva significación que permita la adaptación de la norma a nuevas circunstancias fácticas. Desde este postulado, los tribunales constitucionales usan la interpretación para aplicar el derecho como para crear nuevas normas. No obstante, el papel del tribunal como creador de derecho se sustenta en la falta de regulación de la disputa entre normas, existiendo una laguna que no proporciona a un caso concreto, asumiendo una faceta integradora.¹⁰⁰⁷ Empero considero que las disputas no siempre deben contar una regulación específica o una solución concreta a la disputa jurídica, por cuanto lo que se debe es limitar la faceta procedimental de la interpretación jurídica, legitimando las decisiones de los tribunales constitucionales.

Bajo la teoría del NCL anclada en la defensa del poder constituyente como autoridad legitimadora del orden jurídico, el modelo ideológico más acorde será la 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 constituye dirige el accionar interpretativo del juez constitucional a 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 describe que las técnicas de interpretación tienen como inicio el enunciado normativo, para así descifrar el significado de este. Así las cosas, señala el profesor italiano:

¹⁰⁰⁷ RAZ. J. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, op, cit*, pp. 229- 230.

“Dicho procedimiento puede ser considerado ya sea como procedimiento intelectual, que tiene lugar en la mente del interprete, ya sea como discurso: el discurso público mediante el cual el intérprete ofrece unos argumentos para sostener la interpretación elegida.”¹⁰⁰⁸

Del mismo modo, GASCÓN indica que los métodos de interpretación son una manifestación de respeto hacia la autoridad normativa, en tanto se pretende establecer lo dicho por el órgano creador y dirigir al interprete hacia la intención constituyente. Los métodos de interpretación serán entonces “*instrumentos interpretativos con los que se formula determinada interpretación*”, que preceptúan como debe llevarse a cabo la actividad hermenéutica por parte del operador judicial, teniendo una doble connotación: (1) formulando la interpretación correcta; (2) justificando la interpretación.¹⁰⁰⁹ No obstante, los métodos de interpretación no ofrecen un resultado interpretativo en específico, pero si dotan de razón 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 encontraron ligados a los efectos prácticos que tiene la ideología de la interpretación a través de los métodos de interpretación, restringiendo o extendiendo los efectos de una interpretación a determinadas situaciones fácticas.

Modernamente desde un punto de vista conceptual, como de los resultados interpretativos, la ideología de la interpretación constitucional podría concentrarse en la discusión entre teorías originalistas y de la Constitución viva, en tanto 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 podrá referirse a cualquier norma del ordenamiento jurídico, mientras que la segunda relación concentra su debate a la Constitución como objeto de la interpretación. No obstante, los ejes centrales de cada tipo de relación de contraposición resultarán similares desde su fundamentación.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 50.

¹⁰⁰⁹ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Editorial Palestra editores, Lima, p. 187.

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

VELA señala que en torno a la interpretación de la Constitución se han dado dos principales disputas jurídicas, en primer lugar, el carácter específico de la interpretación de la Constitución, entendiéndose la necesidad de adoptar modelos, criterios y métodos de interpretación distintos a los de las demás normas, en tanto resultan ser insuficientes para interpretar la Constitución. No obstante, donde se centra un especial interés será en la segunda de las disputas, esto es, la que gira en torno al cómo debe interpretarse la Constitución, es decir, la ideología o actitud que debe desempeñar el juez constitucional al interpretar el texto supremo. Referente a la actitud interpretativa del juez constitucional se destacan un inherente análisis respecto del papel de respeto del juez constitucional respecto de la voluntad constituyente o, por el contrario, una actitud dirigida hacia los cambios constitucionales. No obstante, respecto de la actitud del intérprete los criterios de interpretación jugaran un especial papel en la actividad desarrollada por el juez, en tanto denotaran una u otra actitud interpretativa.¹⁰¹⁰

Respecto de la segunda disputa, se evidencia la controvertida discusión entre teoría originalistas y aquellas que no son originalistas, enfocando como en el caso del originalismo el juez recurre a métodos como el histórico y el gramatical, mientras que en las posiciones no originalistas adopta métodos evolutivos.¹⁰¹¹

Así las cosas, la ideología de la interpretación constitucional primordialmente se encuentra circunscrita a dos descripciones de la Constitución que resultan ser diversas: (1) la teoría normativa de la Constitución que concibe al texto como una estructura normativa superior que determina la validez de las demás normas del sistema jurídico; (2) la teoría sociológica que describe la Constitución como un medio que permite establecer la identidad de una nación a partir de prácticas colectivas que son positivizadas. No obstante, una tesis conciliadora pretender describir la Constitución como un texto normativo que determina la

¹⁰¹⁰ VELA, M. (2021). “El debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución en el contexto latinoamericano. Una discusión desde cuatro trincheras”, en *Revista de derecho público: teoría y método*, 1, pp. 63- 34.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, p. 64.

validez de las demás normas jurídicas, estableciendo límites a los poderes constituidos, pero también como norma viviente que se integra a elementos extra sistemáticos.¹⁰¹²

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 a la aplicación de determinadas reglas para encontrar el significado de la norma.¹⁰¹³

La hermenéutica como interpretación tendrá dos definiciones que se contrapondrán la una a la otra: una primera definición centrada en determinar el alcance, extensión, significado o sentido de una norma jurídica; mientras que también se conceptuara como un ejercicio de valoración, elección y decisión.¹⁰¹⁴ Este segundo concepto ineludiblemente permite entender que el juez al momento de interpretar la norma tiene en cuenta elementos subjetivos orientados a su propia cosmovisión u orientación política, encontrándose implícito siempre un tipo de ideología dentro de la interpretación constitucional.¹⁰¹⁵ Así mismo, dicha subjetividad será amplificada en estructuras normativas donde el poder constituyente establece enunciados de carácter abierto de tipo principialista que promueven de manera intencional la indeterminación de los enunciados normativos, 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 el fenómeno cultural que exige la evolución constante de las sociedades. Del mismo modo, PULIDO 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 aquellas teorías textualista que limitan la interpretación a partir de los mismos enunciados normativos; y aquellas teorías extratextualistas o

¹⁰¹² ZULUAGA, A y ZULUAGA, S. (2018). “Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional. una mirada desde la filosofía de Paul Ricoeur”, en *Opinión jurídica*, 17 (33), pp. 258-259.

¹⁰¹³ STRECK, L. (2013). *Hermenéutica y decisión judicial*, Editorial Ibáñez, Bogotá, pp. 23 y ss.

¹⁰¹⁴ GUASTINI, R. (1997). “Problemas de interpretación”, en *Isonomía Revista de Teoría y filosofía del Derecho*, 7, p. 121.

¹⁰¹⁵ ZULUAGA, A y ZULUAGA, S. (2018). “Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional. una mirada desde la filosofía de Paul Ricoeur”, *op. cit.*, p. 261.

sociológicas que consideran que el objeto de interpretación no depende de los enunciados normativos contenidos en el texto constitucional.¹⁰¹⁶

El fenómeno lingüístico se encuentra asociado a la ambigüedad y vaguedad de los enunciados normativos. Así, respecto de la ambigüedad podrá darse una ambigüedad de tipo semántico cuando el enunciado normativo admite una pluralidad de significaciones por parte del interpretar; ambigüedad sintáctica, cuando el enunciado ofrece varias significaciones a partir de su estructura lógica; ambigüedad pragmática, cuando el enunciado no permite acoger el acto lingüístico que se pretende cumplir. Mientras que la vaguedad del lenguaje se circunscribe a “una propiedad de referencia del lenguaje”.¹⁰¹⁷

Ahora bien, el fenómeno cultural evoca una dimensión sociológica de la Constitución como texto que evoluciona a los cambios sociales, entendiendo que no puede ser estático a las nuevas realidades. Por ello que la interpretación debe ser adecuada a la realidad de cada generación a fin de reconocer la evolución de la sociedad con el paso del tiempo.¹⁰¹⁸

La interpretación de los jueces constitucionales ha sido delimitada desde un punto de vista jurisdiccional como, a su vez, político, teniendo como razón el cuestionamiento de los métodos de simple subsunción que hace necesario ver al juez constitucional como un actor dentro del proceso político en la definición de los asuntos de especial trascendencia para la comunidad.

En todo caso, el eje de los estudios doctrinarios de 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 que proteja los elementos esenciales establecidos por el poder constituyente, remontándose al contenido histórico y original del texto constitucional. Así mismo, se señala como esta ideología retoma métodos históricos que pretenden otorgar un significado de los enunciados normativos acorde al momento de la expedición de la Constitución.¹⁰¹⁹ Por esto, el juez es concebido como un

¹⁰¹⁶ PULIDO, F. (2012). “Panorama actual de los problemas actuales en interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 126.

¹⁰¹⁷ GUASTINI, R. (1997). “Problemas de interpretación”, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

¹⁰¹⁸ ZULUAGA, A y ZULUAGA, S. (2018). “Funciones de la ideología en la hermenéutica...”, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰¹⁹ ARÉVALO, W, y 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”, *op. cit.*, pp. 405- 406.

mero aplicador de la voluntad plasmada en el texto constitucional y como un poder sujeto al poder soberano.

Sobre los modelos de interpretación originalista señalan que las decisiones de los tribunales constitucionales “*deben limitarse a exigir el cumplimiento de normas que son establecidas o evidentemente implícitas en el texto constitucional*”. Así, 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 eso los jueces solo pueden reconocer derecho si explícitamente el constituyente los estipulo en el texto constitucional.¹⁰²⁰

Del mismo modo, los modelos originalista buscan generar límites a la interpretación del intérprete a partir del momento histórico en que se redactó el texto constitucional apelando a los métodos históricos y literal de interpretación. 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.¹⁰²¹ CARBONELL señala como este tipo de postura tiene una connotación restriccionista 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.¹⁰²²

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 públicos. En todo caso, los textualistas no defienden la idea 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 entregara la posibilidad de definir los sentidos no explícitamente previstos por el constituyente.¹⁰²³

¹⁰²⁰ PULIDO, F. (2012). “Panorama actual de los problemas actuales en interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰²¹ *Ídem.*

¹⁰²² Indica CARBONELL al respecto: “Las tesis contrarias a la idea de Constitución viviente se agrupan bajo la etiqueta del “originalismo”, que propugna interpretar la Constitución de forma estricta, según sus palabras o según la intención de los redactores del texto. Para los originalistas, 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.”. en CARBONELL, M. (2012). “Sobre la Constitución viviente”, en *Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas*, 42 (117) p. 350.

¹⁰²³ PULIDO, F. (2012). “Panorama actual de los problemas actuales en interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 136- 137.

Por otra parte, los intencionalistas pregonan porque la actividad interpretativa esté guiada a desentrañar la voluntad de los redactores de la Constitución. Dentro de los intencionalistas se presentará una subclasificación donde se distinguirán entre originalistas clásicos y neo-originalistas. De esta forma, los originalistas clásicos se preocupan única y exclusivamente por la intención del creador de la norma, mientras que los neo originalistas 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.¹⁰²⁴ Frente a este problema SAGÜES señala que los modelos originalistas requieren de una tarea exegética por parte del interprete a partir de los mismos elementos que ofrece la Constitución y sus autores, lo que de tajo imposibilita a que el intérprete recurra a elementos extra constitucionales.¹⁰²⁵ En efecto señala el profesor argentino:

“Hemos concluido que, desde esta perspectiva, la Constitución parece 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.”¹⁰²⁶

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 hiper-racionalistas anclados en la dependencia de criterios formales y de procedimiento por el cual se arriba a la decisión judicial; y finalmente, modelos jurisprudenciales donde se analiza el texto constitucional conforme un caso en específico.¹⁰²⁷ De esta forma, los modelos extrínsecos buscan desentrañar los valores intrínsecos del texto constitucional a fin de establecer el significado de un enunciado normativo.¹⁰²⁸

Explica TORRES como el originalismo protege que los jueces usurpen las calidades y competencias de las autoridades normativas, evitando que los jueces antepongan sus

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 137.

¹⁰²⁵ SAGÜES, N. (2009). “Reflexiones sobre la Constitución viviente (living constitution)”, en *Dikaion*, 12, p. 5

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰²⁷ PULIDO, F. (2012). “Panorama actual de los problemas actuales en interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 138.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 153.

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 alcance de una norma constitucional, siempre la Constitución presenta un significado objetivo, por eso 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*”.¹⁰²⁹ En segunda medida, el carácter abierto de la Constitución se encuentra dirigido a que el legislador desarrolle los mandatos de la Constitución,¹⁰³⁰ inclusive desde una ontología del poder constituyente sería plausible que el pueblo a través de procedimientos democráticos definiera los sentidos de la Constitución.

Las teorías originalista encuentra 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, los mismos deberán ser sometidos al debate democrático, impidiendo que el juez constitucional desborde la voluntad original del texto.¹⁰³¹ De este modo, las teorías originalistas tiene como principales métodos de interpretación el gramatical y el histórico.

De modo contrario, una ideología de la interpretación de la Constitución viva, entendiendo que los significados de los enunciados normativos deben ser interpretados conforme el momento histórico, social y político en que se realiza el ejercicio hermenéutico. Esto implica que el significado del enunciado normativo se modifique constantemente conforme el pasar 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.¹⁰³² Esta ideología reporta un juez constitucional no sujeto a límites, que en vez de garantizar la voluntad popular actúa como un verdadero acto político.

¹⁰²⁹ TORRES, R. (2014). “El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes”, en *Revista jurídica U.I.P.R.*, 2, p. 263

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 263.

¹⁰³¹ ARÉVALO, W, y 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”, *op. cit.*, pp. 409-411.

¹⁰³² *Ibid.*, *op. cit.*, p.406.

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 interpretación evolutiva.¹⁰³³ Así las cosas, este tipo de interpretación abandona el sentido literal de los enunciados normativos, desarrollando una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales, creando normas implícitas dentro de cada enunciado.¹⁰³⁴ Esta ideología permite que los jueces constitucionales sean vistos como creadores de derecho en aras de adaptar las normas constitucionales a las realidades sociales, considerándose una ideología sin límites para el intérprete.¹⁰³⁵ Ahora entonces, 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.”¹⁰³⁶

Por otra parte, el modelo ideológico del *living constitution* busca generar una menor limitación del intérprete a la voluntad del creador del texto constitucional. Por ello que, desde un plano estructural, el constituyente pueda apelar a cláusulas innominadas de derechos, catálogos implícitos a fin de prever una constante actualización normativa, conceptos indeterminados, por nombrar algunos. En todo caso, el intérprete puede recurrir al significado de las palabras del momento en que se realiza la actividad interpretativa,¹⁰³⁷ 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 buscando 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

¹⁰³³ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, [Trad. Carbonell, M y SALAZAR, P], Editorial Trotta, Madrid, p. 65.

¹⁰³⁴ ZULUAGA, A y ZULUAGA, S. (2018). “Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional”, *op. cit.*, 264.

¹⁰³⁵ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰³⁶ *Ídem.*

¹⁰³⁷ SAGÜES, N. (2009). “Reflexiones sobre la Constitución viviente (living constitution)”, *op. cit.*, p. 7

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.”¹⁰³⁸

Por ello, la ideología de la Constitución viva antepone un elemento sociológico al carácter normativo de la Constitución, siendo un texto normativo de carácter cambiante y dinámico, sujeto a constantes cambios a través de las mutaciones constitucionales.¹⁰³⁹ En todo caso, la disputa teoría entre constitución viva y originalismo centra su análisis en el sometimiento de una generación (creadora del texto constitucional) sobre las generaciones venideras o futuras.¹⁰⁴⁰ 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 que en esencia se trata de unos 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 explícitos por el constituyente;¹⁰⁴¹ Además plantea el problema del operador que al ser un órgano jurisdiccional carecería de legitimidad democrática.¹⁰⁴²

Ahora bien, toda interpretación evolutiva anclada en elementos sociológicos corre el peligro de la distorsión de la realidad por parte del interprete, condicionando su decisión a intereses personales, prejuicios o ideologías.¹⁰⁴³ Es por ello que muy difícilmente el juez constitucional

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 7

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 8

¹⁰⁴¹ SAGÜES, N. (2009). “Reflexiones sobre la Constitución viviente (living constitution)”, *op. cit.*, p. 10

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 13.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, pp. 14 -15

pueda conciliar un criterio social predominante y unánime.¹⁰⁴⁴ Al respecto SAGÜES 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.”¹⁰⁴⁵

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”¹⁰⁴⁶

Por otra parte, se ha asociado al 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 interprete constitucional que escoge estratégicamente sus técnicas interpretativas para guiar la decisión judicial a un resultado concreto. GUAISTINI frente al activismo judicial ha indicado:

“Esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo 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.”¹⁰⁴⁷

En muchas ocasiones los magistrados utilizan sutilmente argumentaciones para diferenciar un resultado interpretativo de otro. Por ello siempre, las posiciones activistas no traen

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, 15

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰⁴⁶ 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, P. 84.

¹⁰⁴⁷ GUAISTINI, R. (2008). Teoría e ideología de la interpretación constitucional, *op. cit.*, pp.64- 65.

consigo mejores condiciones para los derechos constitucionales, es decir, posiciones o resultados progresistas, corriendo el peligro de también encontrarse con posiciones regresivas en materia de derechos.¹⁰⁴⁸ Esto conlleva una ideología que funciona desde una doble vía, ello es, permite amplificar o restringir los derechos constitucionales consagrados por el constituyente.¹⁰⁴⁹

ATTARD 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 de los mismos; (4) el establecimiento de un paradigma jurídico igualitario; (5) la vigencia de un paradigma biocéntrico; la construcción plural de derechos a través de interpretaciones de quienes han sido históricamente oprimidos o discriminados.¹⁰⁵⁰ 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.¹⁰⁵¹

Quisiera detenerme primordialmente en el punto relativo al activismo judicial destacado por ATTARD, en tanto considera que el modelo polifónico plantea una construcción plural de los derechos desde los jueces ordinarios para la justiciabilidad de los derechos y la asunción de un modelo dialógico en donde los jueces reduzcan la brecha entre la Constitución formal y materia, sin embargo siempre limitados a las pautas de interpretación establecidas por el constituyente que eviten las 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 permiten que la sociedad construya pluralmente los sentidos de la Constitución.¹⁰⁵² Así las cosas, entiende que el modelo latinoamericano apela a una sociedad abierta de intérpretes

¹⁰⁴⁸ MORA, G. (2011). “Las dos caras del activismo judicial: a propósito de los veinte años de la Constitución de Colombia”, en *Dikaion*, 25 (20), pp. 209- 212.

¹⁰⁴⁹ TORRES, R. (2014). “El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes”, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰⁵⁰ ATTARD, M. (2023). La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional, Pireo Editorial, Valencia, p. 355.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 356.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 359

que moldea los significados de la Constitución a través de un modelo dialógico en que los diversos sectores de la sociedad interactúan, pero en que a su vez el juez constitucional se encuentra limitado por las pautas de interpretación previamente establecidas por el constituyente.¹⁰⁵³ De este modo, el activismo judicial en un modelo polifónico de justicia constitucional solo tendría efectos progresistas, negando cualquier restricción de derecho 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 antropologías- 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.”¹⁰⁵⁴

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 más poder. Es por ello, que una defensa del activismo judicial aun en modelos dialógicos desplaza 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, entre tanto 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 o incluso dependiendo del área del derecho que se trate. Nuevamente se insiste como 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 como una ideología de la Constitución viva a *prima facie* no es antidemocrática *per se*, sino que la misma dependerá de los métodos o criterios de

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 361

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 365

interpretación establecidos por el poder constituyente, pudiendo autorizar las 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 de su propia ontología, en tanto si el poder constituyente se considera soberano creador del texto constitucional, es este 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 pasadas generaciones no pueden obstaculizar el proyecto de vida de las actuales generaciones, considera a los jueces como verdaderos actores que colaboran a complementar la creación del poder constituyente. En todo caso, posturas más eclécticas abogaran por un juez constitucional que colabora para mejorar las falencias del sistema democrático, maximizando los beneficios de la democracia, pero en todo lo demás conservando los significados originales de los enunciados normativos.¹⁰⁵⁵ GUASTINI 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.¹⁰⁵⁶

Mas centrados en la discusión entre originalismo y no originalismo desde una perspectiva democrática, valdrá decir inicialmente como el originalismo adopta una concepción cognitivista de la Constitución que considera que existe un significado univoco 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 originalista defenderán la idea de una Constitución viva que se modifica sin necesidad de ser reformada debido a las cambiantes circunstancias sociales.¹⁰⁵⁷ En todo caso, es de resaltar como 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, AGUILO destaca como la misma rigidez de la Constitución refleja de manera directa o indirecta de legitimidad democrática de los jueces para modificar la Constitución. Por esto, el principio de rigidez constitucional se erige como un límite mismo a la

¹⁰⁵⁵ ARÉVALO, W, y 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”, *op. cit.*, p. 414.

¹⁰⁵⁶ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, pp. 71-74

interpretación de la Constitución, siendo los contextos de flexibilidad en el cambio constitucional modelos susceptibles de cambio 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.¹⁰⁵⁸

No obstante, considero que en el modelo del Nuevo constitucionalismo latinoamericano la rigidez de la Constitución no busca que las generaciones pasadas sometan a las generaciones futuras, sino que el cambio constitucional pueda darse en márgenes democrático, 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 promueve de forma explícita el cambio constitucional, pero por vías democráticas, siendo una Constitución débil para el poder constituyente, pero fuerte 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 los escenarios democráticos.

Bajo este panorama habrá que indicar que la ideología de la interpretación que se adopte genera una preferencia a 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 lo es el método histórico; mientras que en el caso de una interpretación dinámica se acogerá mayormente un método sistemático, permitiendo los cambios normativos según las circunstancias sociales y normativas de un momento particular.¹⁰⁵⁹ Empero la aplicación del método histórico se encontrará estrechamente ligado 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

¹⁰⁵⁸ AGUILÓ, J. (2012), “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.* pp. 242- 243.

¹⁰⁵⁹ WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.* pp. 74- 80.

en la interpretación cuanta más vieja es una Constitución y más desarrollada está la jurisprudencia constitucional.”¹⁰⁶⁰

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, como a su vez que también permite la armonía de las competencias funcionales de los jueces de la república para la supremacía e integridad de la Constitución.¹⁰⁶¹ Explica la CCC el uso de la teoría de la Constitución viva:

“En efecto, lo que persigue la doctrina del derecho viviente en el contexto del control de constitucionalidad, es equipar 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.”¹⁰⁶²

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 a partir de la transformación social. Política y económica que se desarrolla en las sociedades modernas, permitiendo que los sentidos de la Constitución sean modificables con el paso del tiempo, ello utilizando primordialmente un criterio sistemático de interpretación.¹⁰⁶³ No obstante, el carácter material de la Constitución en el NCL desemboca de la capacidad de transformación del orden a través de las vías democráticas en las que el

¹⁰⁶⁰ VII conferencia iberoamericana de Justicia Constitucional. (2009). Los Métodos interpretativos de la jurisdicción constitucional, Boletín del Estado, Mérida, p. 185.

¹⁰⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 584 de 2004.

¹⁰⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-955 de 2001.

¹⁰⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-089 de 2020.

poder constituyente, altera las condiciones preexistentes y las modifica según las nuevas realidad fácticas que afronta.

No obstante, la adecuación de la Constitución por vías interpretativas genera fuertes temores debido a la implantación de una determinada cosmovisión de los jueces, teniendo en sus manos la última palabra al momento de indicar el significado de determinado enunciado normativo. Al respecto ZULUAGA y ZULUAGA 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 mas 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.”¹⁰⁶⁴

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 por vías indirectas de los significados de los enunciados normativos, dando un aire de aparente continuidad al sistema jurídico, pero en el fondo modificando 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 como ya vimos una posición activista de los jueces constitucionales terminan 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 la distorsión directa de los significados del texto constitucional a partir de determinadas posiciones ideológicas.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶⁴ ZULUAGA, A y ZULUAGA, S. (2018). “Funciones de la ideología...”, *op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, pp. 272-273.

De este modo, una ideología de la interpretación desde el NCL anclada 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. De este modo, la teoría de la Constitución del NCL entiende que el cambio constitucional es necesario, pero el mismo deberá ser una expresión misma del poder constituyente, restringiendo los márgenes de dinamicidad de los poderes constituidos.¹⁰⁶⁶ 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, negándose la posibilidad a que los tribunales constitucionales modifique a su antojo los preceptos constitucionales teniendo como fundamento la dinamicidad de las relaciones sociales.

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

Además de lo señalado, podemos indicar que la ideología de la interpretación constitucional se encuentra fuertemente ligada a la estructura normativa de la Constitución propuesta por el poder constituyente, haciéndose relevante la amplitud de la carta de derechos y las posibilidades de cambio por las vías democráticas. Por ejemplo, constituciones como la norteamericana tiene una vocación de permanencia en el tiempo al contemplar exiguos mecanismos de cambio constitucional como la estipulación de un catálogo reducido de derechos. Así las cosas, este tipo de constituciones reflejan una ideología tendiente a que los poderes constituidos modifiquen y amplifiquen los textos constitucionales a fin de preservar su continuidad en el ordenamiento jurídico garantizando el principio de supremacía constitucional.

Ideología de la interpretación	Tipo de juez	Centro político	cambio constitucional	tipología de normas
Originalista	Juez como legislador negativo	Poder constituyente	Por las vías democráticas	Reglas
Constitución viva	Juez como legislador negativo y positivo	Los tribunales constitucionales	Por las vías jurisdiccionales	Principios

¹⁰⁶⁶ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática”, *op. cit.*, p.102-103.

Tabla 11. Elaboración propia.

Por esto las estructuras normativas reflejarán una Constitución rígida o flexible sujeta a los cambios constitucionales por vías interpretativas.¹⁰⁶⁷ De este modo, las estructuras normativas favorecerán las interpretaciones estáticas teniendo como eje la previsibilidad de las decisiones judiciales acercándose a una ideología originalista de la interpretación; mientras que otras estructuras normativas favorecerán el carácter dinámico de la interpretación que permite a los jueces el cambio de los contenidos constitucionales bajo el argumento de su adaptación a las nuevas dinámicas sociales.¹⁰⁶⁸ Sin embargo, se resalta que tanto el carácter estático como dinámico del ejercicio hermenéutico no son técnicas de interpretación, sino un resultado de la aplicación de dicho métodos.¹⁰⁶⁹ En todo caso, las doctrinas dinámicas de la interpretación se valen primordialmente de los principios jurídicos que son concretizados y de los cuales se derivan normas implícitas.¹⁰⁷⁰

Dentro de los clásicos métodos de interpretación se ha distinguido los tipos de interpretación según su resultado en: (1) interpretación declarativa; e (2) interpretación correctora. Del mismo modo, dentro de la interpretación correctora se presentan dos subclasificaciones, esto es: interpretaciones restrictivas e interpretaciones extensivas; y a su vez, interpretaciones históricas y originalistas.¹⁰⁷¹

La interpretación declarativa se asocia a la interpretación literal y el uso común de las palabras mientras que la interpretación correctora atribuye un significado distinto algún amplificando o restringiendo el tenor literal de la norma. Dentro del tipo de interpretaciones correctoras podemos encontrar aquella interpretación restrictiva que excluyen supuestos que quedarían comprendidos dentro del enunciado normativo; interpretaciones extensivas, como aquella que extienden los efectos de los enunciados normativos a supuestos no previstos por el legislador.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁷ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit. pp. 57- 58.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, .59- 60.

¹⁰⁶⁹ No se puede confundir la ideología de la interpretación de WROBLEWSKY, 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.

¹⁰⁷⁰ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit, p. 61.

¹⁰⁷¹ GASCÓN, M. (2003). *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*, op, cit, pp. 189- 190.

¹⁰⁷² *Ibid.*, pp. 188-192.

Del mismo modo, GASCÓN ha señalado que se podrá dar una clasificación de los métodos interpretativos según el contexto, esto es, cuando el contexto lingüístico exige que el enunciado sea interpretado conforme las reglas propias del lenguaje; cuando el enunciado debe tener en cuentas las relaciones con otros enunciados pertenecientes al sistema jurídico, ello es una contexto sistemático; y finalmente, un contexto funcional que entiende que el enunciado debe ser interpretado conforme los fines bajo los cuales se dio su creación.¹⁰⁷³

Ahora bien, el carácter dinámico del resultado interpretativo desemboca en una posición restriccionista de la norma o extensiva de la misma, constituyéndose siempre en una tipología correctora. Mientras que el carácter estático predica una concepción meramente declarativa de los enunciados normativos:

Tipología de interpretación	Carácter de la interpretación	Efectos
Declarativa	Estática	Otorgamiento del significado
Correctora	Dinámica	Extensivo
		Restictivo

Tabla 12. 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, se busca que a un postulado normativo siempre se le dé el mismo significado, esto es, no se cambien las posiciones interpretativas ya adoptadas por el constituyente.¹⁰⁷⁴ Considérese en todo caso que es necesario que la autoridad normativa limite las posibilidades interpretativas a través del método, siendo este el medio a fin de 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 cuan más antigüedad vaya teniendo el texto en el tiempo. Esto conlleva un fenómeno evidentemente evolutivo de la ideología de la interpretación como medio de

¹⁰⁷³ *Ibid.*, 191- 192.

¹⁰⁷⁴ GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar, op., cit.* p. 373.

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 lo hemos señalado, empero ideología y resultado siempre se encuentran estrechamente conectados.¹⁰⁷⁵

Ahora entonces, la ideología originalista será aquella que más se encuentre acorde al NCL, dado que busca preservar en mayor medida la voluntad del poder constituyente que subordina a los poderes constituidos a la voluntad soberana, además impide que se asemejen las capacidades normativas del constituyente a la 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 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 través de procedimientos democráticos que exigen la participación popular, mas no podrán los poderes constituidos 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, ligado al 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 de interpretación. Así las cosas, entre mayor cantidad de principios jurídicos mayores facultades creadoras en cabeza de los jueces se darán debido a la indeterminación de las normas; mientras que mayores reglas permitirán un mayor control de los jueces y sus facultades interpretativas. No obstante, el constituyente poder acoger fórmulas lingüísticas proclives a la indeterminación que podrán ser reglas a través de reglas que permitan la interpretación de estas.

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 dirigido a preservar sus elementos ontológicos.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 373.

Del mismo modo, la ideología de la interpretación de la Constitución no presupone la especificidad de la interpretación del texto normativo y por el contrario, podrá estar integrada de 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 reglar todos los aspectos constitucionales de un ordenamiento, por ello la Ley desarrolla los contenidos constitucionales; (2) las normas constitucionales contienen mayormente principios y valores sin embargo también contienen reglas, mientras que las normas infra constitucionales con un predominio mayor de las reglas también puede contener principios y valores; (3) la negación de la perpetuidad del texto constitucional, dado que las constituciones al igual que las normas infra constitucionales pueden ser sujetas de cambios y reformas.¹⁰⁷⁶ Así las cosas, la Constitución y la Ley en su sentido normativo no presentan sendas diferencias por lo que tampoco hace necesario que se establezcan métodos 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, generándose dificultades al momento del ejercicio hermenéutico permitiéndole al intérprete recurrir a la mayor cantidad de métodos, reposando en la discrecionalidad del juez la elección del método que considera más conveniente.¹⁰⁷⁷

En segundo término, la CCC ha empleado un variado universo interpretativo a partir de su amplia jurisprudencia, teniendo 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

¹⁰⁷⁶ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op, cit, pp. 56- 58.

¹⁰⁷⁷ CANOSA, R. (1998). *Interpretación constitucional y formula política*, op, cit, pp. 137-138

límites señalados por el constituyente, alterando con las funciones propias del poder legislativo, esto es, dándose una ruptura del principio democrático.¹⁰⁷⁸

Muy tempranamente de la creación de la CCC, el alto tribunal fue enfático en señalar la superación del esquema clásico del juez constitucional como legislador negativo y, por el contrario, señaló que el juez tiene verdaderas obligaciones positivas en aras de 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.”¹⁰⁷⁹

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

¹⁰⁷⁸ BECHARA, A. (2017). *La carga invertida de los derechos fundamentales: el Estado constitucional como principios y garantías. Dialogo entre los modelos de interpretación colombiano, español e italiano*. [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona], p. 217- 218.

¹⁰⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-406 de 1992.

Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”¹⁰⁸⁰

Con todo, autores como BECHARA señalaran que la función creadora del derecho en cabeza de los jueces tendrá como límites materiales que deberá respetar a fin de subordinar su espectro decisonal 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; (4) la imposibilidad de crear nuevos significados constitucionales a partir de elementos extra sistémicos de la Constitución.¹⁰⁸¹

Colombia no ha sido ajena a las dinámicas doctrinales y jurisprudenciales a nivel global sobre los métodos de interpretación del derecho. De esta forma, las dinámicas de interpretación en Colombia han girado entrono a una visión formalista de la interpretación jurídica y una visión antiformalista. En la primera visión 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 que 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 la continuidad de la aplicación de los métodos de interpretación legal a postulados constitucionales generándose una aparente contradicción interpretativa. Al respecto explica BECHARA:

“Esto se debe a 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.”¹⁰⁸²

Ahora entonces, la CCC ha establecido dentro de sus reglas jurisprudenciales la posibilidad de cambiar su precedente cuando se presenten cambios sociales que hagan necesario modificar el significado o interpretación de determinado enunciado normativo. En sentencia C-836 de 2001 el alto tribunal constitucional colombiano se ha decantado por una función

¹⁰⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-406 de 1992.

¹⁰⁸¹ BECHARA, A. (2017). *La carga invertida de los derechos fundamentales: el Estado constitucional como principios y garantías. Dialogo entre los modelos de interpretación colombiano, español e italiano*, op, cit, p. 219.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 228.

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 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.”¹⁰⁸³

Para autores como AGUILÓ el juez desarrolla una etapa de interpretación como proceso guiado por unas directivas interpretativa que operan de manera previa; mientras que también en el proceso de la decisión judicial se presenta un elemento argumentativo de manera posterior a la interpretación que permite justificar la decisión otorgándole cierto grado de validez.¹⁰⁸⁴

A pesar de lo indicado, es menester considerar como la interpretación de la Constitución en el NCL deberá encontrarse ligada a límites previos a la decisión judicial, límites que a su vez servirán para justificar la decisión judicial, pero a su vez transmitirle un espectro de validez a la decisión judicial 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, para que las mismas sean expuestas por los jueces al momento de la decisión judicial y allí, se argumente su decisión.

De manera general podemos clasificar tres categorías de métodos de interpretación que permiten entender la pluralidad de los métodos según la tipología normativa asumida por el

¹⁰⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-836 de 2001.

¹⁰⁸⁴ AGUILÓ, J. (2012) “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *op. cit.*, pp. 236 y ss.

constituyente, pero también podremos señalar su carácter más o menos democrático según su existencia directa dentro del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, podemos encontrar criterios de interpretación sistémicos como aquellos que son establecidos de forma directa por el constituyente o un poder delegado para ello, siendo criterios que 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 legales que ordenan y sistematizan las formas de aplicar e interpretar la Constitución.

Criterios extra sistemáticos que no encuentran 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 consecuencias, no permiten un control efectivo a la interpretación del juez constitucional.

En tercera medida, se encuentran aquellos criterios o métodos de interpretación vía remisión, destacando que se trata de autorizaciones directas que otorga el poder constituyente al intérprete para interpretar la norma conforme criterios no contenidos en el texto constitucional o evocando a otras normas supraestatales. En este sentido, este tipo de criterios resultan tener un nivel de legitimidad democrática, debido a que, pese a no encontrarse expresamente el método en el texto constitucional, el poder constituyente sí autoriza a que el intérprete acuda a otras normas para ello. Este tipo de criterios por lo general evocan a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos a 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 que la multiplicidad de elementos de interpretación genera incertidumbre sobre los resultados que puedan arrojar el proceso hermenéutico bajo la idea

evolucionista de adecuar el texto constitucional al cambio social,¹⁰⁸⁵ 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 conjunto de significados que obedecen una objetividad propia de la actividad cognoscitiva de la interpretación. Es de esta manera, que la interpretación constitucional siempre deberá ser entendida como actividad de conocimiento supeditada al texto de la Constitución, suponiendo elementos de objetividad.¹⁰⁸⁶

Del mismo modo, la aplicación de criterios o directivas de interpretación permiten asociar al interprete a una interpretación amplia del texto constitucional, entendiendo que los enunciados normativos siempre están sujetos a límites predispuestos por el constituyente.¹⁰⁸⁷

Bien indica CARACCILO como 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.¹⁰⁸⁸ 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.¹⁰⁸⁹

Sobre la naturaleza de la interpretación constitucional se han desarrollado tres teorías: la primera que señala que la interpretación solo es objetiva de manera parcial; una segunda que pregona por una interpretación objetiva; y una tercera escéptica, que no reconoce la objetividad de las decisiones judiciales.¹⁰⁹⁰ Sobre las bases que fundamentan las tesis escépticas de la naturaleza de la interpretación se podría señalar:

¹⁰⁸⁵ HÄBERLE, P. (2010). "Métodos y principios de interpretación constitucional. un catálogo de problemas", *ReDCE*, 7, pp. 385- 387.

¹⁰⁸⁶ CARACCILO, R. (2022). "¿Existe la Constitución?", *op, cit*, p. 68.

¹⁰⁸⁷ CHIASSONI 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, en CHIASSONI, P. (2010). Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas, Marcial Pons, Madrid, p. 67-68.

¹⁰⁸⁸ CARACCILO, R. (2022). ¿Existe la Constitución?, *op, cit*, p. 69

¹⁰⁸⁹ *Ídem*.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 71

“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, necesaria-mente, 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.”¹⁰⁹¹

Bajo una dinámica de la interpretación como actividad objetiva la misma rige su fundamento en la semántica y 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 mismo a su ejercicio interpretativo. Del mismo modo, debe tratarse de una interpretación originalista que respete la voluntad del poder soberano plasmado en el texto, impidiendo los cambios informales de la Constitución como actos contrarios al poder soberano.

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 el juez se encontrara sometido al imperio de la Ley, estableciendo como criterios auxiliares de la interpretación la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho. De cualquier forma, el constituyente de 1991 recoge la fórmula interpretativa señalada en anterioridad por la Ley 153 de 1887 y el Código Civil, destacando como los principios generales del derecho expuestos en estas normas fueron constitucionalizados por el constituyente de 1991.¹⁰⁹²

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁰⁹² JARAMILLO, J. (2013). *Manual de Hermenéutica jurídica: análisis constitucional, legal y jurisprudencial*, Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 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 a prima facie pareciera retomar la fórmula propia del Estado clásico de derecho. Sin embargo, la CCC reformularía dicha expresión, bajo el entendido que la misma deberá ser entendida como el ordenamiento jurídico.¹⁰⁹³ Así las cosas, al estar sometidos los jueces al imperio de la Ley como ordenamiento jurídico los mismos 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. Véase por ejemplo como en el caso ecuatoriano el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control de constitucionales dispone la aplicación de los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. Sin lugar a duda, la Ley orgánica de Garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad establece un catálogo y directivas interpretativas que buscan limitar la labor del intérprete.¹⁰⁹⁴ No obstante, dichas directivas carecen de legitimidad democrática debido a que la Constitución como obra del poder constituyente deberá contener reglas interpretativas establecidas por el pueblo y

¹⁰⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 483 de 1996: “14. La sujeción (...) al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.” De la misma manera, será repetido dicho concepto por parte de la CCC en las sentencias C- 539 de de 2011 y C- 589 de 2000.

¹⁰⁹⁴ “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 en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. 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. 4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales. 5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. 8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.”, Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales, Ecuador.

no por los poderes constituidos. Por ello, no resulta democráticamente plausible que el poder constituyente establezca un texto normativo a fin de limitar los poderes constituidos y sean los mismos poderes constituidos los que limiten su accionar a través de fórmulas interpretativas.

Igualmente sucederá en el caso boliviano con la expedición de la Ley 027 de 2010 donde se tomarán como criterios de interpretación aquella que aplique *“la voluntad del constituyente de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la asamblea constituyente”*. Del mismo modo *“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. Empero, estos métodos también han sido utilizados para interpretar los contenidos constitucionales partiendo en todo caso de que la Constitución no deja de ser una Ley suprema, como a su vez la Ley ostenta una capacidad de regulación respecto de los derechos constitucionales. Con ello se ha indicado por parte de la CCC como los métodos literal, histórico y teleológico son criterios mayormente restrictivos. De esta forma, estos métodos de interpretación fungen como un límite y garantía de la Constitución que impiden que existan resultados hermenéuticos que contradigan formal o materialmente la Constitución. 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”.¹⁰⁹⁵

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

¹⁰⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 820 de 2006.

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.”¹⁰⁹⁶

Respecto de los métodos clásicos de interpretación los mismos tienen un doble propósito: ser aplicados a las normas constitucionales a fin de descifrar aquel resultado más acorde al texto constitucional; y servir de 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.¹⁰⁹⁷

Ahora entonces 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 de la interpretación constitucional, sino además por el objeto en que recae la interpretación de los tribunales constitucionales donde convergen enunciados normativos de índole constitucional y legal.¹⁰⁹⁸

No se puede perder de vista como 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 político. De allí, que la interpretación de la Constitución tenga como primer objetivo el establecer barreras entre el poder judicial y el poder legislativo, a fin de proteger el principio democrático y de separación de poderes, como los demás principios jurídicos supremos del texto político.¹⁰⁹⁹ 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 será una interpretación que no tendrá ningún tipo de orientación política que altere los elementos básicos del Estado.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁶ *Ídem*.

¹⁰⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 372 de 2016.

¹⁰⁹⁸ Por ejemplo autores como GUASTINI señala que no existe una especificidad de la interpretación constitucional sobre la legal, bajo los siguientes puntos: (1) la interpretación constitucional no siempre recae en la Constitución, sino que además puede recaer en normas infra constitucionales que desarrollan derechos constitucionales; (2) las normas infra constitucionales pueden contener principios y valores; (3) las normas infra constitucionales también desarrollan funciones políticas; (4) las Constituciones al igual que la legislación prevé mecanismos de cambio constitucional. en GUASTINI, R. (2088). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op, cit, pp. 53-58.

¹⁰⁹⁹ WÜRTENBERGER, T. (2022). “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 6, p. 602.

¹¹⁰⁰ WÜRTENBERGER, T. (2002). “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, op, cit, p. 603.

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 a la Constitución como conjunto de normas que forman una esencia, debiendo ser articulada a los ejes estructurales y esenciales de la Constitución. Mientras que 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 los ejes estructurales de la Constitución. CANOSA ha señalado como la interpretación de la Constitución se manifiesta desde una doble vía: en primer lugar, una interpretación de los enunciados normativos contenidos en la Constitución y una interpretación de los preceptos infra constitucionales y su necesidad de ser aplicadas conforme 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 a ley a la luz de la Constitución se debe interpretar primero esta para precisas 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 inaplicara. En suma, las normas que son objeto de control, también lo son a menudo de la interpretación constitucional.”¹¹⁰¹

Por esto el juez constitucional no solo controla la conformidad de las normas infra constitucionales al texto supremo, sino además determina los sentidos de la Constitución, teniendo una doble funcionalidad interpretativa, ya que será autoridad interpretativa de la Constitución, pero a su vez también de la legislación debido al carácter subordinado de esta respecto del texto supremo. Del mismo modo, no se puede olvidar como la legislación puede contribuir a la configuración de los derechos constitucionales como a la restricción de estos, inclusive al punto de dotar de dinamicidad los contenidos constitucionales en periodos de estaticidad en el cambio constitucional.¹¹⁰²

Los tribunales constitucionales han evolucionado de una interpretación nomofiláctica donde el juez controla las normas que se pretende declarar su inconstitucionalidad, a una

¹¹⁰¹ CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, en FIGUEROA, G. *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación Centro de Estudios constitucionales, México, p. 64.

¹¹⁰² ROJAS, A. (2019). “El rol de la Ley en la configuración de los derechos fundamentales”, en *Revista de la facultad de jurisprudencia*, 6, pp. 75- 79.

interpretación nomotética donde el juez constitucional descarta las interpretaciones incompatibles con las normas en vez de anularlas, desarrollándose una interpretación constitucional de la Ley.¹¹⁰³ 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 y otra forma el sistema constitucional.¹¹⁰⁴ Ante la constante creación vía interpretación constitucional se ha generado una suerte de activismo judicial antidemocrático que requiere de 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 además las competencias legislativas. Por ello, el peligro de la ausencia de límites interpretativos recaen tanto en la Constitución como en las normas infraconstitucionales, obviando los procedimientos democráticos de la formación de este tipo de normas.

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 su realidad cambiante.

Pese a que algunas constituciones u ordenamientos jurídicos posibiliten a sus tribunales constitucionales interpretaciones evolutivas de los enunciados normativos,¹¹⁰⁵ el caso colombiano por expresa voluntad del constituyente no contempla cláusulas de actualización normativa por parte del juez constitucional, lo que deniega cualquier facultad creativa del interprete y hace ilegítima cualquier mutación constitucional.

En todo caso, la aplicación de los métodos clásicos de interpretación hace necesario que los mismos sean aplicados de acuerdo con el principio de interpretación conforme la Constitución. Es por ello por lo que la interpretación de la Constitución deberá obtener como resultado aquel significado que mayormente se adapte al texto supremo. De este modo,

¹¹⁰³ CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, *op, cit*, p.59-60.

¹¹⁰⁴ ROJAS, A. (2019). “El rol de la Ley en la configuración de los derechos fundamentales”, *op, cit*, pp. 67- 68.

¹¹⁰⁵ En el caso español véase por ejemplo 3.1. del título preliminar del Código Civil;

cuando el intérprete al realizar un ejercicio hermenéutico deberá adoptar aquella más acorde al texto constitucional.¹¹⁰⁶

Así las cosas, la interpretación conforme y su relación con los métodos clásicos de interpretación tendrá una doble funcionalidad: (1) dar aplicación a cada uno de los métodos de interpretación, donde el intérprete deberá escoger aquel que se encuentre más acorde a los contenidos constitucionales previstos por el poder constituyente; y (2) desde una interpretación conjunta de los diferentes métodos de interpretación, el intérprete deberá escoger aquel resultado interpretativo más acorde a la Constitución.

Los criterios de interpretación tradicionales denotan dos eventos: (1) una lista ecléctica de estos métodos, en la cual no existen jerarquías entre uno u otro método; y (2) una lista que da preponderancia a un método sobre otro.¹¹⁰⁷

La CCC ha establecido que no fue idea del poder constituyente establecer una ideología de la interpretación tendiente a la aplicación de métodos originalistas, sino que previo que los poderes públicos y la ciudadanía generen espacios de dialogo democrático para el cambio de las normas constitucionales.¹¹⁰⁸

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

¹¹⁰⁶ MIRANDA, A, y NAVARRO, P. (2014). “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”, en *Opinión jurídica*, 13 (26), p. 74.

¹¹⁰⁷ LÓPEZ, D. (2006). *Interpretación Constitucional*, 2 ed, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, p. 33.

¹¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 630 de 2017; Del mismo modo, la jurisprudencia de la CCC ha preceptuado sobre el principio de interpretación conforme: “El principio de interpretación conforme consiste en que la interpretación de la totalidad de los preceptos jurídicos debe hacerse de tal manera que se encuentre en armonía con las disposiciones constitucionales. Este principio implica entonces, que cuando exista una norma ambigua cuya interpretación razonable admita al menos dos sentidos diferentes, el intérprete debe optar por la interpretación que se adecúe mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales. Este principio representa un desarrollo del artículo 4º de la Constitución, según el cual, la Constitución es norma de normas, y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Así pues, el principio de interpretación conforme encuentra su fundamento en la supremacía y jerarquía normativa máxima de la Constitución Nacional, a partir de cuya premisa se deriva que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no sólo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe estar ajustado a la Constitución Nacional.” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 191 de 2009); Del mismo modo la Corte Constitucional colombiana ha señalado:” En este sentido, cada una de sus cláusulas debe interpretarse en armonía con las restantes disposiciones jurídicas, en atención a principios como el principio de interpretación conforme a la Constitución (C.P. art5. 4) o el principio de primacía de los derechos (C.P. art. 5). Ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el principio de interpretación conforme ordena al interprete que seleccione aquella interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales.” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 273 de 1999)

La CCC en su jurisprudencia ha preceptuado sobre la aplicación de los métodos clásicos de interpretación a los contenidos constitucionales, reiterando que se trata de métodos propios de la actividad legislativa y el 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.”¹¹⁰⁹

Así mismo, ha indicado el alto tribunal que este no funge únicamente como intérprete auténtico de la Constitución, sino suprema autoridad interpretativa en referencia a la Ley dada la necesidad y mandato del constituyente que pregona por la conformidad de las normas infra constitucionales al texto supremo, esto no es otra cosa que la garantía del principio de supremacía constitucional:

¹¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-820 de 2006.

“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.”¹¹¹⁰

No olvidemos como el cambio de viraje entre el Estado de derecho y el Estado constitucional trajo consigo cambios sustanciales referentes a la autoridad normativa dentro del sistema jurídico, en tanto se da un desplazamiento de la soberanía estatal hacia un modelo de soberanía popular donde el pueblo crea su norma suprema, siendo su voluntad fuente legitimadora,¹¹¹¹ hablándose ya no de una Constitución en sentido formal sino además desde un punto de vista material.¹¹¹² En consecuencia, los métodos de interpretación en apariencia deberían variar a 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 hace necesario distinguir entre la obra creada por el poder soberano de aquellas creaciones propias de los poderes constituidos. No obstante, la continuidad de la ley como norma de carácter general y abstracta que es 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

¹¹¹⁰ *Ídem.*

¹¹¹¹ MARTÍNEZ señala sobre el carácter material de la Constitución y su relación con el poder constituyente: “La materialidad del Estado constitucional se caracteriza por la aplicación de la voluntad del poder constituyente democrático. Por lo tanto, todos los órganos públicos deben estar comprometidos en el desarrollo del principio democrático, el cual se manifiesta en la voluntad del poder constituyente expresada en la Constitución”, MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”,

op. cit., p. 145

¹¹¹² *Ídem.*

de la Constitución se convierte en máxima autoridad interpretativa en el 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.¹¹¹³

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 a fin de descifrar la voluntad de las normas infra constitucionales y alinearlas con la voluntad del constituyente. A continuación, se presentará una descripción muy general de dichos criterios y su uso por parte de la CCC.

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 al originalismo como ideología de la interpretación que busca limitar la discrecionalidad judicial. Por ello este método de interpretación tiene un elemento subjetivo que busca descifrar la intencionalidad del creador de la norma para establecer a partir de allí su significado. Por ello,

¹¹¹³ 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.

el método exige que el intérprete no consulte de forma directa el texto normativo, sino que acuda a los elementos propios del procedimiento de creación del texto.¹¹¹⁴

En todo caso, para LÓPEZ este método de interpretación no ha sido de recibo 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.¹¹¹⁵ Del mismo modo, Canosa señalarla como este método de interpretación subjetivista el ejercicio hermenéutico, inaplica cualquier otro método de interpretación y se impide consolidar una voluntad unitaria del texto normativo.¹¹¹⁶

Otra vertiente, ha destacado que el método histórico más allá de buscar descifrar la voluntad del creador del texto normativo, lo que hace es analizar el procedimiento de creación de la norma para reconstruir la intencionalidad del constituyente.¹¹¹⁷ Sin embargo, se tratara de una voluntad aproximada dada la limitación misma de la historia para poder descifrar a ciencia cierta la voluntad creadora.¹¹¹⁸ Al respecto WÜRTENBERGER 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.”¹¹¹⁹

La CCC en un primer momento utilizo el método histórico con frecuencia para interpretar el contenido constitucional, haciendo énfasis en la necesidad de desentrañar la voluntad por

¹¹¹⁴ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, op, cit, p. 131.

¹¹¹⁵ LÓPEZ, D. (2006). *Interpretación Constitucional*, op, cit, pp. 34- 35.

¹¹¹⁶ CANOSA, R. (1988). *Interpretación constitucional y formula política*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, p. 101.

¹¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias C-461 de 2011 y C-090 de 2022.

¹¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-372 de 2016.

¹¹¹⁹ WÜRTENBERGER, T. (2002). “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, op, cit, p. 605.

poder constituyente originario.¹¹²⁰ No obstante, con posterioridad declararía su alcance relativo determinando su imposibilidad de descifrar la voluntad del poder constituyente y haciendo prevalente la aplicación de los métodos sistemáticos y finalistas.¹¹²¹ 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.”¹¹²²

Este tipo de interpretación busca privilegiar la utilización de herramientas que busquen descifrar la voluntad del poder creador del texto normativo, de allí que sean conocidas como una directiva psicología.¹¹²³ De esta forma, una perspectiva histórica de la interpretación conlleva a 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, el momento histórico en que se dio la creación normativa y los principios fundantes de la línea política del creador.¹¹²⁴

¹¹²⁰ 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:

¹¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-511 de 1994.

¹¹²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-122 de 2011

¹¹²³ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, *op. cit.*, pp. 94- 95.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 97.

La interpretación histórica asociada al originalismo hará 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 del enunciado normativo original, ello es, una posición asociada al textualismo. Mientras que una segunda visión, se concentrará en los procedimientos políticos de elaboración de las normas, haciendo necesario desentrañar la intención del órgano creador del texto.¹¹²⁵

En una línea transversal, GUASTINI señala que el método de interpretación histórica se encuentra ligado a una interpretación correctora avocada a descifra la voluntad de la autoridad normativa a través de los trabajos preparatorios de la norma y la intencionalidad de la autoridad desde el propio texto de la norma. De los dos tipos de interpretación histórica se tendrán como efectos un carácter extensivo como aplicación de los efectos de una norma a situaciones no previstas inicialmente por la autoridad; o restrictivo como aquella aplicación que excluye el ámbito de aplicación de una norma a supuestos de hechos no previstos en el enunciado normativo.¹¹²⁶

En el caso de la aplicación extensiva, no se habla de un cambio del significado del enunciado normativo diferente, sino 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”, analógico¹¹²⁷ y “*a fortiori*” como argumento que vincula la aplicación de una norma a un supuesto no contemplado en la norma bajo la premisa de mayor razón.¹¹²⁸ Esto implica conjugar método y resultado interpretativo.

¹¹²⁵ GARGARELLA, R. (2017). “La interpretación y el dialogo democrático”, *op. cit.*, pp. 180- 183.

¹¹²⁶ GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del derecho*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

¹¹²⁷ 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.”

¹¹²⁸ 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 1997. 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

Por otra parte, en la doctrina se ha abordado una posición ecléctica circunscrita al originalismo vivó que comprende la necesidad de que determinados enunciados normativos sean interpretados conforme una posición originalista. Sin embargo, la Constitución contendrá cláusulas de actualización normativa a través de los principios jurídicos.¹¹²⁹

En todo caso, el originalismo sirve de límite a los jueces constitucionales dado que impide que estos adopten sus posiciones personales a 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 la interpretación que a su vez guiara el proceso hermenéutico a un tipo de resultado interpretativo.

Es por ello, que de ninguna manera podrá aceptarse el originalismo al conservadurismo, entre tanto que los que determinar 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 lo podría ser una Constitución liberal conlleva a que se dé continuidad a un modelo de derechos libertario. Y, por el contrario, una visión no originalista en constituciones liberales conllevan a que se dé una regresión conservadora de los derechos señalados por el Constituyente.¹¹³⁰ Del mismo modo señala GUASTINI sobre la interpretación evolutiva: “*La interpretación evolutiva no es necesariamente extensiva y tampoco*

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.

¹¹²⁹ GARGARELLA, R. (2017). “La interpretación y el dialogo democrático”, *op. cit.*, p. 191.

¹¹³⁰ CONTRERAS, P y PRIETO, A. (s.f.). Originalismo: un límite a la interpretación constitucional. análisis con respecto a los derechos fundamentales y a la tutela contra providencias judiciales, Pontificia Universidad Javeriana.

necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto una extensión como una reducción del campo de aplicación de una determinada ley.”¹¹³¹

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 estos no tienen intención, estas intenciones solo pueden ser conjeturas.¹¹³²

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 llevan al desconocimiento de la ontología misma de esta teoría de la Constitución.

Modelos de resultados interpretativos según la ideología vs el tipo de constitución		
<i>Ideología de la interpretación</i>	<i>Tipo de constitución</i>	<i>Resultado o alcance interpretativos</i>
Originalista	Constitución liberal	progresista
No originalista	Constitución Liberal	regresivo
Originalista	Constitución Conservadora	Regresivo
No originalista	Constitución Conservadora	Progresista

Tabla 12. 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 modificar o crear una nueva, pero lo que no se podrá es acomodarla a nuestra propia ideología saltándose los escenarios democráticos. De esta forma, el originalismo busca controlar la discrecionalidad judicial a fin de evitar la usurpación de funciones de otros poderes constituidos,¹¹³³ e incluso las propias funciones del constituyente.

¹¹³¹ GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op, cit, p. 284

¹¹³² GUASTINI, R. (2015). “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, 43, pp. 26- 27.

¹¹³³ GARGARELLA, R. (2017). “La interpretación y el dialogo democrático”, op, cit, pp. 175- 176.

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.¹¹³⁴

A pesar del desuso del método histórico por parte de la CCC, recientemente la misma ha hecho uso de este para encontrar el significado de normas constitucionales en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.¹¹³⁵

En sentencia C-122 de 2011 la CCC contradice el sentido interpretativo dado por el Consejo de Estado Colombiano al art. 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 participaran en el gobierno. No obstante, de la anterior providencia se deja constancia de que dos tribunales de justicia pueden tener discrepancias interpretativas, incluso cuando utilicen un mismo método de interpretación.¹¹³⁶

En sentencia C-070 de 2018 la CCC aplicara un criterio hermenéutico histórico para declarar la exequibilidad de las normas tendientes a establecer un régimen o tratamiento diferenciado, simétrico, equitativo y simultaneo entre los actores del conflicto armado en Colombia, señalando como históricamente este tipo de medidas hacen 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.

¹¹³⁴ GARGARELLA, R. (2017). “La interpretación y el dialogo democrático”, *op. cit.*, p. 176.

¹¹³⁵ Véase CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-090 de 2022.

¹¹³⁶ 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)

En sentencia C-090 de 2022 la CCC señalara a partir de un análisis histórico del artículo 268 de la Constitución como las facultades del presidente de la república se encontrarían delimitadas por el texto constitucional, pero cobijaría los objetos revistos en el párrafo transitorio introducido por el acto legislativo 02 de 2019 permitiéndole al presidente modificar la estructura orgánica y funcional de la Contraloría de la Republica.¹¹³⁷

En todo caso, la interpretación histórica también ha sido usada para limitar los derechos de los ciudadanos y generar situaciones discriminatorias entre estos. Así en 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 como para el constituyente el concepto de familia desarrollado por el texto constitucional resulta aquel modelo monogámico y heterosexual de familia.¹¹³⁸

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 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.¹¹³⁹

¹¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-090 de 2022.

¹¹³⁸ Señalara la CCC en este sentencia sobre el concepto de la familia desde el método histórico de interpretación: “De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual. (...) Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar solo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Este y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores. Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-814 de 2001)

¹¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-577 de 2011.

Así las cosas, la aplicación de un método de interpretación histórico evitara cualquier intención modificatoria de la Constitución por las vías informales a través de las mutaciones constitucionales, prevaleciendo el sentido original del poder constituyente¹¹⁴⁰

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.*”¹¹⁴¹

Así mismo, 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 las misma deberán atender a la ciencia o arte 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 la gramática para descifrar su significado. 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 ha señalado que las técnicas literales evocan una especie de interpretación declarativa que presume que las palabras de por sí contienen un significado propio a partir del uso común de las palabras y conexiones sintácticas. No obstante, las técnicas literales adhieren al significado explícito de la disposición a interpretar. Mientras que las declarativas se enfocan en el significado que ha querido expresar la autoridad normativa bajo el tenor de la literalidad.¹¹⁴²

En cualquier caso, la interpretación declarativa se conecta a la interpretación gramatical bajo el uso del argumento del lenguaje común como del argumento a “contrario”. En el caso del argumento del lenguaje común encontramos las expresiones que pertenecen al lenguaje

¹¹⁴⁰ CHIASSONI, P. (2011). Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas, *op, cit*, p. 100

¹¹⁴¹ CODIGO CIVIL COLOMBIANO, art. 27.

¹¹⁴² GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, *op, cit*, pp. 211- 212.

ordinario que expresa significados comunes frente a un enunciado; expresiones del lenguaje ordinario que se tecnicizan en discurso jurídico a partir de la atribución de significado por parte de la autoridad normativa o de la doctrina jurídica; 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 interprete le quede vedado dar un alcance diferente al enunciado, ya que, si fuese así, la misma autoridad lo hubiese expresado.¹¹⁴³

Para BALAGUER la aplicación de métodos de interpretación literalista o gramaticales evocan las teorías subjetivas de la interpretación que indagan por el sentido original del enunciado normativo o la voluntad del creador. De allí, que la materia de interpretación en el método literal se encuentre delimitada de forma exclusiva en el texto constitucional.¹¹⁴⁴ De este modo, se obtiene mayor seguridad de lo querido por la autoridad normativa, respetando su voluntad histórica que limita a los poderes constituidos.¹¹⁴⁵

Ahora bien, ANCHONDO contempla que el método de interpretación gramatical contiene dos concepciones: una restrictiva y una extensiva. En la visión restrictiva se pueden entender varios sentidos: (1) como respeto a la voluntad creadora del texto; (2) la interpretación que da un menor ámbito de validez material; (3) la aceptación por parte de la comunidad en general del sentido de las normas. Mientras que una interpretación extensiva implica la aplicación de la norma a situaciones no previamente establecidas.¹¹⁴⁶

Del mismo modo, la interpretación gramatical se vale de diferentes instrumentos para su aplicación. Entre estos instrumentos se encuentran: (1) la interpretación semántica como el sentido de las palabras a través de su significado habitual sobre los demás significados. Sin embargo, en el ámbito jurídico deberá preferirse aquel significado más específico en este campo; (2) la interpretación sintáctica al intentar descifrar el significado del enunciado a partir del conjunto completo de las palabras que lo compone; (3) argumento a contrario que implica que la autoridad regule un evento en específico que impide la extensión de la norma a casos diferentes.¹¹⁴⁷

¹¹⁴³ *Ibid.*, pp. 212- 214.

¹¹⁴⁴ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, *op. cit.*, p. 130.

¹¹⁴⁵ VILA, I. (2021). Fundamento del derecho constitucional contemporáneo, *op. cit.*, p. 294

¹¹⁴⁶ ANCHONDO, V. (2012). “Métodos de interpretación jurídica”, *Quid Iuris*, 17, p. 39.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 39- 40.

CHIASSONI señala que dentro de la interpretación gramatical siempre se dan ejercicios textuales que conlleva determinar el significado lingüístico de determinadas expresiones que se utilizan en el enunciado normativo, pero también será necesario determinar el significado de las expresiones de manera conjunta.¹¹⁴⁸ De esta forma, la interpretación gramática hace necesario tener en cuenta diferentes factores que pueden ser sintetizadas en la siguiente tabla:

Factores	concepto
Estructural	Se hace necesario revisar las estructuras gramaticales de los enunciados normativos para haya su significado
contexto	Se debe analizar el documento completo al cual pertenece el enunciado normativo
Inter texto	El análisis de otros documentos normativos diferentes al interpretado.
Conceptos extralingüísticos	Se debe analizar los elementos que no se encuentran dentro del texto.

Tabla 13. 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 la contrariedad 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.¹¹⁴⁹

Del mismo modo el autor italiano encuentra que la interpretación literal o gramatical de los enunciados normativos prescriben : (1) que el sentido que se le da a las palabras sea aquel común a las mismas a excepción en los casos que deba atribuirse un significado técnico especial; (2) que se guarde coherencia del significado de los enunciados idénticos dentro de un texto normativos; (3) que se atribuyan significados diversos a encunados diferentes; (4) evitar los significados redundantes de un enunciado normativo; (5) que se presuma que el creador del texto normativo ha aplicado las reglas gramaticales comunes al lenguaje.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁸ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas, op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 94.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, 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 como también el grado de indeterminación de los principios jurídicos que implica dar aplicación a métodos no tradicionales y extra sistemáticos.¹¹⁵¹

GUASTINI señalara como las constituciones formuladas bajo enunciados normativos tipo principio con un alto grado de indeterminación hacen que una interpretación literal o gramatical pierdan su 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 han sido diseñados para ser adaptados conforme la sociedad cambia.¹¹⁵²

Finalmente, DÍAZ indicara como 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.¹¹⁵³

Ahora bien, la interpretación gramatical no siempre se sujeta a una ideología de la interpretación 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 constitución o podrá interpretar el enunciado al momento de la aplicación del enunciado.¹¹⁵⁴ 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 1º consagra una serie de finalidades propias del Estado social de derecho, lo que a *prima facie* indicaría que una interpretación contraria a

¹¹⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 406 de 1992.

¹¹⁵² GUASTINI, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina jurídica contemporánea, México D.F, pp. 263-364.

¹¹⁵³ DIAZ, F. (2016). “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, en *Revista Ius*, 37, p. 17.

¹¹⁵⁴ GUASTINI, R. (2015). “Interpretación y construcción jurídica”, *op, cit*, p. 26.

estas finalidades deberá ser rechazada por aquella interpretación que amplifique en mayor medida estas. Así las, cosas este tipo de método pareciera fungir como una directiva de preferencia entre dos interpretaciones, señalándose al interprete la necesidad de que acoja aquel significado que maximice los fines del Estado. Además de ello, la aplicación del artículo 4º de la Constitución conlleva a que la interpretación de las normas constitucionales se encuentre dirigidas a la garantía del principio democrático, generando una profundización de la democracia en todos los campos del ordenamiento jurídico.

La interpretación teleológica a su vez se ha dado aplicación a otra serie de subprincipios aceptados de manera universal como lo podrían ser el principio *pro libertate* o el principio de la 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.¹¹⁵⁵

Se trata de la directiva o método que implica que el interprete acuda a la finalidad prevista por el poder creador del texto a interpretar. No obstante, existirán casos donde el enunciado normativo tenga una finalidad ulterior a la prevista por el poder soberano.¹¹⁵⁶ Inclusive para GUASTINI la interpretación como procedimiento de elección y decisión conlleva necesariamente que en todo escenario interpretativo el juez deba elegir aquel resultado más acorde a los fines establecidos por la norma.¹¹⁵⁷

La interpretación teleológica o finalista es aquella que busca que el enunciado normativo sea aplicado conforme un valor, propósito o fin señalado en el ordenamiento jurídico, resultando 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 señalara LÓPEZ:

“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.

¹¹⁵⁵ TORRES, A. (2005). “Interpretación teleológica de la Constitución”, en *Revista de derecho político*, 63, p. 25.

¹¹⁵⁶ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, op. cit., p. 104.

¹¹⁵⁷ GUASTINI, R. (1997). “Problemas de interpretación”, op. cit., p. 121.

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.”¹¹⁵⁸

Del mismo modo, la interpretación teleológica denota un tipo de interpretación correctora que excluyen la literalidad del escenario hermenéutico, negando una ideología de la interpretación que propenda por la defensa del poder constituyente como única autoridad normativa constitucional. Es esta forma como el método teleológico denota la posibilidad de que el juez tenga facultades de creación normativa bajo el manto de la interpretación constitucional que en apariencia adapte el texto constitucional a las nuevas dinámicas.

No obstante, este método de interpretación tiene como crítica el 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 de causalidad interpretación-aplicación y consecuencia. Así las cosas, se deberá anotar lo dicho por TAMAYO:

“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.”¹¹⁵⁹

Del mismo modo, GARCÍA ha señalado como los enunciados normativos completamente abiertos denunciados como valores jurídicos no pueden fungir como elementos susceptibles de ser interpretados,¹¹⁶⁰ 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.

¹¹⁵⁸ LÓPEZ, D. (2006). *Interpretación Constitucional*, op, cit, p. 36

¹¹⁵⁹ TAMAYO, J. (2013). *Manual de Hermenéutica jurídica*, op, cit, p. 53.

¹¹⁶⁰ GARCÍA, J. (2004). Argumento teleológico: las consecuencias y principios en la obra colectiva. En GIL, R. (Comp). *Interpretar y argumentar*, Edición Sánchez jurídicas, p. 27.

En todo caso nótese como 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 enunciando constitucional para darle un nuevo sentido al mismo,¹¹⁶¹ lo que atribuye un carácter predominante al método literal sobre los demás. Con todo, a 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.”¹¹⁶²

La CCC ha utilizado este método de interpretación para dar significado a las normas constitucionales como aquellas de contenido infraconstitucional sometidas al ejercicio del control de constitucionalidad.

En 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 a los fines perseguidos por el poder constituyente al establecer el derecho de acceso a la administración de justicia, pero también establecería una serie de garantías que deben ser respetadas por el legislador.

En sentencia C-121 de 2006 la CCC declarararía la exequibilidad del artículo 32° de la Ley 4 de 1983 que establecería 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 histórica de la misma la CCC indicaría que dicho impuesto tendría como finalidad recaer sobre los actos de comercio y no sobre las personas, siendo determinable el hecho gravable del impuesto.

¹¹⁶¹ TAMAYO, J. (2013). *Manual de Hermenéutica jurídica, op, cit*, p. 56.

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 59.

En sentencia C-483 de 2013 la CCC declararía 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 es la garantía de la dignidad humana de las víctimas en procesos judiciales.¹¹⁶³ Así, la norma infraconstitucional será interpretada conforme los principios y valores señalados por el propio constituyente de 1991.

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 al principio de unidad de materia que rige por mandato del constituyente. Así las cosas, la CCC en sentencia C-400 de 2010 señalara:

“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.”¹¹⁶⁴

3.2.1.4. Método sistemático.

LÓPEZ señalara que el criterio de interpretación sistemático que permite identificar una norma, principio o valor jurídico, a fin de establecer jerarquías interpretativas entre este tipo de normas.¹¹⁶⁵ Así el juez deberá interpretar la disposición normativa de conformidad al subsistema al que pertenece y dirigiendo su resultado al fin esperado por este.¹¹⁶⁶ 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.*”¹¹⁶⁷

¹¹⁶³ 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.”

¹¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 4000 de 2010.

¹¹⁶⁵ LÓPEZ, D. (2006). *Interpretación constitucional*, op. cit., pp. 36 y ss.

¹¹⁶⁶ JARAMILLO, J. *Manuela de Hermenéutica jurídica*, op. cit., p. 2020.

¹¹⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-054 de 2016.

De este modo, los enunciados no pueden ser interpretados de manera aislada, sino que deberá ser interpretado conforme otros enunciados normativos para desentrañar relaciones de consecuencia entre los enunciados normativos y descifrar el sentido general de todo el sistema o subsistemas jurídicos. Por ello, todo el sistema jurídico deberá ser considerado coherente y ordenado, lo que implica que el mismo no tenga lagunas, teniendo el intérprete siempre posibilidades interpretativas dentro del propio sistema.¹¹⁶⁸

Como bien indica DÍAZ, 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 a la aplicación de otras normas; (2) El argumento *sedes materiae* como la atribución de significado a un enunciado normativo según su lugar dentro del ordenamiento jurídico. (3) El argumento sistemático en sentido estricto que busca atribuir significado a un enunciado normativo teniendo en cuenta otras disposiciones.¹¹⁶⁹ Por otra parte, GASCÓN añade dos como argumentos más al método de interpretación sistemática: (4) el argumento de la constancias terminológica dada las constancias de los vocablos que emplea la autoridad normativa; y (5) el argumento económico, en tanto cuando un ejercicio hermenéutico suponga un reiteración de resultados deberá prescindirse de esas reiteraciones.¹¹⁷⁰

ESCOBAR destaca que el criterio de interpretación sistemático busca que la normas 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 aquellas más abstracta.¹¹⁷¹

Del mismo modo, CANOSA señala como principal función del método sistemático el dotar de coherencia a los resultados interpretativos, ya que permite entender el sistemático 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

¹¹⁶⁸ MORENO, P. (2018). Métodos de interpretación legal y métodos de interpretación constitucional: el juez constitucional. [Tesis de Grado, Universidad de Azuay], Cuenca, p. 18.

¹¹⁶⁹ DIAZ, F. (2016). "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", *op, cit*, p. 17.

¹¹⁷⁰ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, *op, cit*, p. 192.

¹¹⁷¹ ESCOBAR, G. (2005). *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Centro de iniciativas de Cooperación al desarrollo, p. 88.

interpretación de forma constante por parte de los tribunales constitucionales,¹¹⁷² esto sin lugar a duda 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 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 derecho, como también declarando la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.¹¹⁷³

Bajo esta perspectiva, la aplicación del método sistemático conlleva la aplicación del método teleológico que implica primero el análisis de las estructuras normativas para adecuarla a la finalidad que busca ese sistema.¹¹⁷⁴ Del mismo modo que la interpretación histórica, la interpretación sistemática tiene una connotación correctora que tienden a presentar aplicación extensiva o restrictivas de las normas a interpretar a partir del ejercicio hermenéutico que combina diferentes enunciados normativos de diversas normas, la aplicación del criterio *sedes materia* 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.¹¹⁷⁵

El criterio sistemático sin lugar a duda tiene una especial importancia para los tribunales constitucionales al momento de realizar el control de constitucionalidad a una norma, ya que la norma infra constitucional deberá ser siempre interpretada de conformidad con la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico guardando la coherencia del sistema jurídico, pero además garantizando la unidad interpretativa.¹¹⁷⁶

3.2.1.5. Corolario de los métodos tradicionales de interpretación.

En primer lugar, el ordenamiento jurídico no establece reglas de prioridad o preferencia que propician un amplio margen de discrecionalidad de los jueces al momento de interpretar las

¹¹⁷² CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, *op, cit*, p. 75.

¹¹⁷³ LÓPEZ, D. *Interpretación constitucional*, *op, cit*, p. 39-40; al respecto puede verse sentencias: T-231 de 1994, SU-047 de 1999, T-1306 de 2011, SU-159 de 2002.

¹¹⁷⁴ JARAMILLO, J. *Manual de Hermenéutica jurídica*, *op, cit*, p. 221.

¹¹⁷⁵ GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, *op, cit*, pp. 227- 230.

¹¹⁷⁶ DIAZ, F. (2016), “La interpretación y la jurisprudencia constitucionales”, *op, cit*, p. 15.

normas jurídicas. Esta ausencia de límites evoca una ideología de la interpretación de corte evolutiva y correctora 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 sobre el grado de discrecionalidad de los jueces cuando no se cuentan con reglas claras que guíen sus interpretaciones, lo que los obliga a actuar discrecionalmente y posibilitar la creación judicial de nuevas normas.¹¹⁷⁷

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, y por el contrario, debe contemplar medios para dotar al sistema jurídico de una mediana certidumbre. Uno de los primeros elementos que podrán explorarse en el capítulo final de este texto será las reglas de prioridad de un método sobre otro, lo que permita prevalecer determinado sentido del enunciado normativo.

3.2.3. 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 esbozadas rememoran una metodología propia del Estado de derechos con una tipología normativa de reglas, teniendo un enfoque predominantemente legislativo. No obstante, como ya indicamos 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 infra constitucionales terminan siendo 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 que expresa principios, esto es: la concretización de los principios para ser aplicados a situaciones concretas y la ponderación, cuando dos principios entran en colisión.¹¹⁷⁸

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 que los principios comúnmente son relacionadas como normas fundamentales y normas

¹¹⁷⁷ RAZ, J. (1988). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, op. cit, pp. 243 y SS.

¹¹⁷⁸ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit, p. 73.

estructuralmente indeterminadas: (1) como normas fundamentales constituyen en un elemento esencial de la estructura normativa, dando fundamento axiológico a las demás normas del sistema jurídico y no requiere fundamentación ético política; (2) como normas estructuralmente indeterminadas tiene una estructura abierta que permite que sean normas derrotables, es decir, es ausente de situaciones condicionales de su aplicación, y son normas genéricas que exigen que se concrete su aplicación a partir de otras normas y su actualización se da de formas diferentes.¹¹⁷⁹

No obstante, es de considerar que los principios jurídicos no solo son tipologías normativas de la Constitución sino además también encontraran sustento en normas infra constitucionales, pero 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 son una constante en las disposiciones infra constitucionales, llevando incluso en ocasiones al juez constitucional a determinar el contenido de la legislación.¹¹⁸⁰

Es de este modo que a partir de la tipología normativa de los principios jurídicos la interpretación de la Constitución pregonara una aparente especificidad, diferenciándose los métodos de interpretación propios del Estado de derecho y la Ley como fuente jurídica predominantes. La interpretación constitucional en el Estado de derecho era prácticamente nula al quedar supeditada al principio de soberanía parlamentaria que interpretaría las normas constitucionales a través de la Ley. No obstante, en el Estado moderno las constituciones si bien contendrá 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.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 73- 77.

¹¹⁸⁰ Véase el caso de las sentencias integradora aditivas.

¹¹⁸¹ LÓPEZ, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, pp. 100-102; Del mismo modo GUASTINI 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. En GUASTINI, R. (2016). "La interpretación de la Constitución", en FABRA, J y SPECTOR, E. (Coord). *Enciclopedia de filosofía y Teoría del derecho*, Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 2011- 2017.

Ahora en constituciones como las pertenecientes al NCL el carácter soberano del poder legislativo quedara subordinado a la voluntad popular que trasladara el control de las normas infra constitucionales 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 que la interpretación constitucional presentara algunas características propias en relación con el objeto de interpretación que distancian esta 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.¹¹⁸²

A pesar de las diferencias esgrimidas sobre la interpretación constitucional y la legal, el principal argumento de la especificidad de la interpretación constitucional se sustenta en la diferenciación o tipologías normativas que presenta la Constitución de las cuales devienen una ideología interpretativa propia del poder constituyente.

Desde otro tipo de pensamiento doctrinal las reglas como tipología propia del Estado clásico de derecho sustento en la legislación estarán diametralmente opuestas a los principios jurídicos como tipología propia del Estado constitucional de derecho. Las principales diferencias entre una tipología podrán sintetizarse en: estructurales, razones para la acción y aquellas vinculadas al poder. Veamos:

Estructuralmente, los principios son normas abiertas catalogadas como mandatos de optimización, mientras que las reglas serán normas cerradas que obedecen a una aplicación todo o nada. Como razones para la acción los principios son independientes de su contenido, generándose una relación de preferencias condicionadas y razones *a 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.¹¹⁸³ Habrá quienes consideren que los

¹¹⁸² POZZOLO, S. (1998). “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 341 y ss; ATIENZA, M. (2016). *Interpretación constitucional*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, pp. 80 y ss.

¹¹⁸³ LÓPEZ, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, *op. cit.*, pp. 108-120.

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,¹¹⁸⁴ reafirmado como el derecho por principios lleva inexorablemente a una ideología de la interpretación evolutiva y anclada en el derecho de los jueces.

RUÍZ MANERO, ha señalado la existencia de una visión estándar del principalísimo que permite la diferenciación entre reglas y principios según sus condiciones de aplicación dado que las reglas están integradas por elementos que permiten la realización o de una determinada conducta, mientras que los principios permiten la realización de determinada conducta, explicando:

“Los principios no pueden, por su propia configuración, eximir a sus destinatarios de la tarea de determinar si es una determinada condición o circunstancias lo ordenado por un cierto principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente.”¹¹⁸⁵

Por su parte, GARCÍA FIGUEROA presenta 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 ser generales, los principios son vagos pero las reglas también lo pueden ser, y los principios pueden ser fundamentales, pero las reglas también; (3) la tesis de la conformidad que asimila las tipologías de principios y reglas.¹¹⁸⁶ Del mismo modo, el autor español presentara una serie de diferencias entre los principios y las reglas, adoptando una tesis fuerte de la separación:

¹¹⁸⁴ CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 70-71; 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.”, en CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁸⁵ RUÍZ MANERO, J. (2012). “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, soluciones en abstracto y ponderaciones equitativas”, en *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 35, pp. 822- 823

¹¹⁸⁶ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). “La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales”, *op. cit.*, p. 229.

Tipología normativa	Criterios		
	<i>Aplicación</i>	<i>Textura</i>	<i>Funcionalidad</i>
Reglas	todo o nada	cerradas	razones para la acción perentorias
Principios	más o menos aplicación	abiertas	Razones para la acción no perentorias

Tabla: 14. Elaboración propia.

Con todo se destaca que las reglas ofrecen posibilidades de determinación de los ámbitos jurídicos y fácticamente posible, situación que no ocurre con los principios jurídicos ya que estos serán aplicados de forma gradual según sus posibilidades fácticas y jurídicas; serán máximas de optimización que buscan que se dé su aplicación en mayor medida; se tratan de normas ideales y de carácter *prima facie* en tanto no contienen determinaciones concretas.¹¹⁸⁷

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.¹¹⁸⁸ No obstante, es de considerar 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 a fin de establecer una determinada ideología de la interpretación constitucional que como ya se dijo amplía la indeterminación de los enunciados a fin de amplificar el espectro discrecional del interprete.

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 como sus primigenios métodos de interpretación. Véase como 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.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 247- 249.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 264.

¹¹⁸⁹ 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

Ahora bien, dentro de la cultura jurídica predominantemente neoconstitucionalista se apegará a 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 pueda definir la ideología de la interpretación constitucional.

ALEXY ha señalado como las fórmulas clásicas de interpretación propias del Estado Clásico de Derecho, deben de ser revalidadas en el Estado Constitucional de Derecho y ello, es así a raíz de 4 razones: (1) La vaguedad del lenguaje jurídico, (2) el conflicto de normas, (3) los vacíos normativos, que necesitan una regulación, (4) el carácter injusto de la aplicación textual de una norma¹¹⁹⁰. Del anterior, enunciado considero que puede dar cuenta de la teoría política que en sí mismo conlleva las tesis neoconstitucionalistas, ello es, la supremacía del juez constitucional mediante un amplio margen de interpretativo.

Ante este escenario diferenciador, entre modelos distintos como lo son el Estado de derecho y el Estado constitucional como sus tipologías normativas predominantes. Así las cosas, en los modelos de reglas se dará un mayor cambio constitucional a raíz de los cambios propios de la sociedad y la imposibilidad de las estructuras normativas por adaptarse en el tiempo, lo que termina por darle un papel predominante al legislador en el sistema jurídico y una limitadísima vocación de duración en el tiempo de las normas. Por otro lado, en los modelos de principios de los Estados constitucionales de postguerra presentaran menores posibilidades de cambio por las vías democráticas, pero estructuras normativas con mayores márgenes de adaptarse 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 interprete auténtico. De este modo, ZAGREBELSKY destaca como la incorporación de enunciados normativos tipo principio tiene una incidencia en una ideología de la interpretación que guía las decisiones judiciales a las realidades sociales y

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).

¹¹⁹⁰ ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

fácticas de una sociedad,¹¹⁹¹ propiciando un marco institucional que permite las mutaciones constitucionales.

Modelos	Posibilidades a los cambios democráticos	Posibilidad a los cambios por vía interpretativa	Vocación de duración en el tiempo
reglas	mayor	menor	menor
principios	menor	mayor	mayor

Tabla 15. elaboración propia.

Ahora entonces en los modelos del NCL sustento en la legitimidad democrática de la creación constitucional debería romper con estos esquemas, en tanto que debería evitar los cambios constitucionales por los poderes constituidos, siendo las modificaciones por vía interpretación constitucional ilegítimas a la luz de una teoría democrática consecuente con la noción de poder constituyente. No obstante, deberá garantizar un equilibrio entre la Constitución material que a través de principios jurídicos regula todos los escenarios de hecho posibles, pero que también se actualicen de manera consciente 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.”¹¹⁹²

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,¹¹⁹³ en consecuencia los modelos normativos pueden ir en contra de la misma voluntad suprema y 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, haciendo recurrente el discurso del metodológico a fin de evitar ejercicios de

¹¹⁹¹ ZAGREBELSKY, G. (2008). *El derecho dúctil*, editorial Trotta, Madrid, pp. 117-118.

¹¹⁹² GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *La argumentación del derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op, cit, pp, 308-310.

¹¹⁹³ CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, op, cit, p. 81.

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 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 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 se deberá indagar por la voluntad creadora del texto supremo, como además el intérprete se ve enfrentado constantemente a tener en cuenta criterios metajurídicos como referentes de validez de la demás norma del ordenamiento jurídico. De esta forma, las constituciones democráticas como obras del poder constituyente no pueden ser interpretadas de igual forma a la Ley, dado que ello sería equiparar al poder constituyente al poder constituido, generando un vacío de legitimidad democrática que pondría en riesgo la garantía de los derechos y la democracia misma.¹¹⁹⁴

Así las cosas, los intérpretes constitucionales no solo acuden los criterios tradicionales de interpretación propios de la ley¹¹⁹⁵, sino que además recurren a otras fórmulas interpretativas para descifrar el sentido de los enunciados normativos tipo principio. En el constitucionalismo contemporáneo, el intérprete debe recurrir a métodos no tradicionales que le permitan justificar externamente sus decisiones judiciales.¹¹⁹⁶ A diferencia de las reglas

¹¹⁹⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.* pp. 635-636.

¹¹⁹⁵ Al respecto LÓPEZ 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 intérprete determinara el papel que cada uno de los métodos deba desempeñar en la tarea interpretativa, lo cual ha llevado a argumentar que una utilización diversa de los métodos, si bien incrementa la capacidad de respuesta de los tribunales, aumenta su libertad como intérprete de la norma.”, en LÓPEZ, P. (2018). “Reflexiones acerca de la legitimidad democrática”, *op. cit.* pp. 130-131.

¹¹⁹⁶ LOPEZ, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática...*, *op. cit.* p. 135;

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 políticas-morales requerirán de juicios de valor por parte del intérprete.¹¹⁹⁷ 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 determinara los casos a futuro, lo que inexorablemente trae consigo un escenario de creación normativa sin límite alguno.

3.2.3.1. La ponderación y el test de proporcionalidad: una breve explicación metodológica y sus principales críticas.

El principio de proporcionalidad es definido por BERNAL PULIDO:

“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.”¹¹⁹⁸

Reconociendo la utilidad práctica de los métodos de interpretación, los mismos resultan ser insuficientes dadas las particularidades propias de la Constitución, lo que se 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 sean nugatorios en muchos casos.¹¹⁹⁹ Del mismo modo, el establecimiento de mecanismos abstractos de control de constitucionalidad han llevado a que se pregone por parte de la doctrina la imposibilidad de realizar juicios de subsunción y por el contrario, se apele a la proporcionalidad de los mismos, debido a la colisión de principios jurídicos contenidos en el ordenamiento jurídico como en la creación normativa por parte de las autoridades creadoras de derecho.¹²⁰⁰ Por eso, el principio de proporcionalidad y la

¹¹⁹⁷ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op, cit, pp. 78- 80.

¹¹⁹⁸ BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4 ed, Editorial Externado de Colombia, Bogotá, p.699.

¹¹⁹⁹ DIAZ, F. (2016). “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, op, cit, p. 21.

¹²⁰⁰ MONROY, M. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, op, cit, p. 214.

ponderación han sido entendidos como una técnica de argumentación de los jueces a fin de evaluar la constitucionalidad de una medida adoptada por un órgano normativo,¹²⁰¹ tratándose 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 reglas jurídicas; (2) la maximización de un derecho en detrimento de la minimización de otro al realizar un ejercicio de ponderación, pero se tratara de jerarquías para los casos en específico; (3) la labor de ponderación es también un método utilizado por el legislador; (4) el juez constitucional deberá velar porque el sacrificio de un derecho frente a otro no resulte desproporcionado.¹²⁰²

BERNAL PULIDO señala que el principio de proporcionalidad tiene un doble *status* jurídico, en tanto que se representa como un principio general de derecho que se entiende como criterio de interpretación y además como límite de los límites de los derechos fundamentales.¹²⁰³ Respecto de la primera tesis, el principio de proporcionalidad resulta ser 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 al principio de proporcionalidad¹²⁰⁴

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 191

¹²⁰² DIAZ, F. (2016). “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *op. cit.*, p. 21- 22.

¹²⁰³ “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.”, en BERNAL, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 669; del mismo modo LÓPEZ 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”, en LOPEZ, S. (2017). “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, en *Estudios de Deusto*, 65 (1), p. 187.

¹²⁰⁴ BERNAL, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 662.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también evoca un antagonismo respecto de los métodos clásicos de interpretación en tanto el primero como método extra sistémico 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 signifi ca 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.”¹²⁰⁵

Respecto de los métodos tradicionales de interpretación, la doctrina ha presentado sendas objeciones a las relaciones entre la ponderación y los métodos tradicionales de interpretación debido a que los métodos tradicionales de interpretación fueron creados bajo una tipología o estructuras normativas diferente a la de los derechos constitucionales. Así, los derechos constitucionales tienen un alto grado de abstracción que impide que su interpretación se dé por estas vías. No obstante, se ha indicado que también existen relaciones de complementación entre ambos, dado que el principio de proporcionalidad tiende a llenar aquellos vacíos jurídicos que pudiese dejar los primeros. Del mismo modo, los métodos tradicionales de interpretación ofrecen razones para el desarrollo de los subprincipios del *test*.¹²⁰⁶

Empero, no se puede olvidar como 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 objeto de análisis una norma infra constitucional de la cual podría subyacer un principio constitucional. Por ello, los métodos de interpretación tradicionales no son ajenos al principio de proporcionalidad, incluso autores como FERRAJOLI asemejan este principio a la técnica sistemática de interpretación:

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 693.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 694. 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 cumplimiento 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.” (p. 696); ALEXY ha señalado que las funciones de los cánones de interpretación consisten en la fundamentación de las interpretaciones, en ALEXY, R. (1997). Teoría de la argumentación jurídica, Trad. Atienza, M y Espejo, I. Centro de estudios constitucionales, p. 212.

“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 para todos los principios— una técnica argumentativa que amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley.”¹²⁰⁷

Nótese como para el profesor italiano la diferencia de la ponderación de 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 pudiese darse escenario de discrecionalidad, sino que cuando se trata de ejercicios de ponderación la discrecionalidad del juez será aún mayor. Por otra parte, también expone como 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 que estarían los jueces facultados a modificar de manera informal los contenidos constitucionales, pero también las normas de índole infra constitucional.

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.¹²⁰⁸ 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. Así, más que constituirse en un principio de carácter normativo, el *test* de proporcionalidad será un instrumento metodológico compuesto de 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 vulneración del derecho.¹²⁰⁹ Al respecto señala BARAK:

¹²⁰⁷ FERRAJOLI, L. (2010). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en Revista *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 34, pp. 46-47.

¹²⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-916 de 2022.

¹²⁰⁹ BARAK, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, p. 159; En este mismo sentido la CCC ha señalado sobre el carácter instrumental del juicio o test de proporcionalidad: “Al respecto, recuerda la Corte que el principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que pretende

“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 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.”¹²¹⁰

BERNAL PULIDO destaca como 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.¹²¹¹ Sin embargo, si sirve como una metodología de interpretación que sirve para alivianar las contradicciones entre derechos fundamentales.

Del mismo modo, BARNES 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.¹²¹²

aportar racionalidad, predictibilidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez, valiéndose para el efecto de una estructura que está compuesta por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio busca analizar si una medida sometida a estudio es adecuada para la consecución del fin propuesto. Inmediatamente después, debe asumirse el análisis de necesidad, en virtud del cual se aprecia, si la medida escogida por el Legislador es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa. Finalmente, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación – beneficio, y finalmente, algunas consideraciones -en caso de contar con los elementos- sobre la certeza de los efectos de tal relación.”, en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-022 de 2020.

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 160.

¹²¹¹ BERNAL, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op, cit, p. 509.

¹²¹² BARNES, J. (1997). “El principio de proporcionalidad Estudio preliminar”, en *Cuadernos de derecho público*, 5, pp. 22- 23.

El hecho de que el principio de proporcionalidad sea entendido como una metodología para interpretar las tipologías abiertas o principialística de derechos fundamentales conllevan 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 si 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 permiten abordar razonablemente un caso a través de instrumentos objetivos y controlables que permiten al juez garantizar los derechos constitucionales bajo el respeto de las competencias asignadas por el constituyente a cada institución.¹²¹³

El principio de proporcionalidad como método compuesto de otras herramientas que permiten determinar la licitud de la medida normativa que afecta derechos evitando la inutilidad, necesidad, desequilibrio de desproporción de la intervención.¹²¹⁴

Ahora bien, como método de interpretación de los derechos constitucionales, el principio de proporcionalidad podrá encontrar sustento directo en el ordenamiento jurídico, como lo sería el caso ecuatoriano que tendrá como referente el art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad,¹²¹⁵ constituyéndose en un método establecido por vías democráticas que habilita al intérprete para su uso, otorgándole mayor legitimidad a las decisiones del tribunal constitucional cuando se emplea este método. No obstante, en ordenamiento jurídicos como el colombiano ha sido un método de carácter pretoriano, creado por el mismo tribunal constitucional a fin de racionalizar su poder en aras

¹²¹³ VÁZQUEZ, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de investigaciones jurídicas, México D.F, p. 28

¹²¹⁴ LÓPEZ, S. (2017). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad”, *op, cit*, p. 194.

¹²¹⁵ “**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 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

de garantizar el principio democrático y de separación de poderes, legitimado la tarea del juez constitucional.

En modelos como el colombiano, el principio de proporcionalidad y la ponderación resultan ser 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 en la invasión de los tribunales constitucionales en las competencias de los demás poderes constituidos.¹²¹⁶

El *test* de proporcionalidad es una construcción metodológica integrada de distintas etapas o categorías objetivas que, si bien no buscan eliminar de tajo la subjetividad de los jueces, sí propone servir de límite a la misma. Al respecto VASQUEZ 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.”¹²¹⁷

En un sentido metodológico, el *test* de proporcionalidad se encuentra integrado de tres fases que permite identificar al juez constitucional si las medidas legislativas sobre los derechos constitucionales resultan ser legítimas y acordes a la Constitución política. Al respecto la CCC ha señalado:

“En otras palabras, es a partir de este específico 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.”¹²¹⁸

¹²¹⁶ BARNES, J. (1997). “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar.”, *op. cit.*, pp. 34- 35.

¹²¹⁷ VASQUEZ, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, *op. cit.*, p. 29

¹²¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-144 de 2015

El *test* de proporcionalidad estará integrado de 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 como aquella que 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”.¹²¹⁹ La proporcionalidad en sentido estricto conlleva a la aplicación de la formula del peso enunciada por ALEXY que permita la optimización de las posibilidades jurídicas de un conflicto normativo, por cuanto la intervención de un derecho sea más invasiva mayor deberá ser el nivel de trascendencia de la aplicación del otro.¹²²⁰

Otra cosa será el principio de proporcionalidad, dado que este buscara determinar cuando la intervención ha determinado derecho resulta ser legítima o no. Así las cosas, la intervención legislativa a un derecho deberá superar tres etapas al realizar el control de constitucionalidad el juez: en primer lugar, revisar la idoneidad de la medida; necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹²²¹

¹²¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-027 de 2018.

¹²²⁰ ALEXY, R. (2008). “La fórmula del peso”, en CARBONELL, M. (Ed). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de justicia y derechos humanos, Quito, p. 15

¹²²¹ DIAZ, (2016). “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *op, cit*, 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.¹²²² 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 el ejercicio de un control de constitucionalidad fuerte y concentrado..

QUINCHE ha indicado como pasos previos para la aplicación del *test* de proporcionalidad, la aplicación del principio de razonabilidad (1) identificando la medida adoptada por la autoridad normativa; (2) la elección de test de razonabilidad que se va a aplicar según su intensidad, (3) la aplicación del test, (4) la conclusión del test.¹²²³

Ahora bien, de las anteriores etapas la que resulta de mayor importancia para efectos metodológicos resulta ser la elección del test que se aplicara a la intervención legislativa, entendiendo que existirán determinadas intensidades según las materias sobre las que recaiga la intervención variando su metodología.

TIPO DE TEST	MATERIAS	SUBPRINCIPIOS		
		IDONEIDAD	NECESIDAD	PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO
<i>test estricto</i>	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; cuando	determinar si la medida cumple un fin legítimo y además 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 escogida el mejor, más eficaz y menos invasivo de los derechos	se realiza la ponderación donde se sopesan las ventajas de las medidas y las desventajas de las afectaciones a los derechos, debiendo ser mayores las ventajas.

¹²²² 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.”, En CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-022 de 1996.

¹²²³ QUINCHE, M. (2022). *Los test constitucionales*, Editorial Temis, Bogotá, p. 262.

	se examina un privilegio			
<i>test intermedio</i>	cuando la medida afecta un derecho constitucional no fundamental. Cuando existan indicios de afectación a la libre competencia económica; cuando se evalúan acciones afirmativas de discriminación	se examinará si la medida cumple fines constitucionalmente legítimos es idónea para la consecución del fin. Los fines deberán ser legítimos e importantes.	en este caso el medio escogido debe ser adecuado y conducente para el cumplimiento del fin.	No se aplica
<i>test leve</i>	cuando la medida recaiga sobre medidas materias económicas, tributarias o política internacional; el ejercicio de una competencia específicamente ejercida por un órgano constitucional o no se vislumbra amenaza a un derecho constitucional	se examina que la medida busque un fin legítimo constitucionalmente	el medio escogido debe ser adecuado.	No se aplica

Tabla 16. elaboración propia.

Proporcionalidad y ponderación han sido entendidos como sinónimos e ideas contrapuestas, teniéndose como concepto más fuerte la separación de ambas nociones. 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.¹²²⁴ 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.¹²²⁵

¹²²⁴ LÓPEZ, S. (2017). “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, en *Estudios de Deusto revista de derecho público*, 65 (1), p. 191-

¹²²⁵ *Ibid.*, 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 la proporcionalidad de 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. Es así como cuando se trata de conflictos entre normas constitucionales y normas infra constitucionales, la ponderación no tiene sentido y en consecuencia, surge el método de la proporcionalidad.¹²²⁶

Por otra parte, se presenta una confusión entre los conceptos de ponderación y proporcionalidad, empero la ponderación será 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”*¹²²⁷

Así mismo, BERNAL PULIDO diferencia la ponderación del principio de proporcionalidad, en que la primera 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 que evalúa 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.”¹²²⁸

La crítica de los métodos tradicionales de interpretación a los enunciados constitucionales, 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; (3) no siempre se dan casos de comparación entre la

¹²²⁶ DIAZ, (2016). “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *op. cit.*, pp. 21- 22

¹²²⁷ LÓPEZ, S. (2017). “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, *op. cit.*, p. 189.

¹²²⁸ BERNAL PULIDO, C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 722.

Constitución y la Ley, sino que existirán eventos donde el tribunal funja como juez en asuntos equiparables a los conocidos por el juez ordinario¹²²⁹

A pesar del pregonado carácter racional del principio de proporcionalidad como método de interpretación de los derechos constitucionales,¹²³⁰ habrá sendas críticas en contra de este tipo de métodos debido a la falta de precisión y previsibilidad respecto de sus resultados, entre tanto se tratará de una interpretación siempre subjetiva debido a la tipología principialística de los derechos a interpretar.¹²³¹

Se tiene además como objeciones al principio de proporcionalidad: (1) la erosión de los derechos constitucionales y su fuerza normativa debido al sacrificio de sus componentes normativos y morales: (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.¹²³²

No olvidemos como 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 son cambiantes de caso en caso, situación que es criticable dada la posibilidad de que los jueces alteren los resultados interpretativos de un momento a otro.¹²³³ En todo caso GUASTINI señala:

“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 (...).”¹²³⁴

¹²²⁹ DIAZ, (2016), “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *op, cit*, pp. 23- 24.

¹²³⁰ ALEX, R. (2008). “La fórmula del peso”, en CARBONELL, M, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador; BERNAL, C. (2006). “La racionalidad de la ponderación”, *Revista española de derecho constitucional*, 77.

¹²³¹ ARAUJO, J. (2006). “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, XII, pp.856 y ss.

¹²³² QUINCHE, M. (2022). *Los test constitucionales*, *op, cit*, p. 268.

¹²³³ GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op, cit*, pp. 88-90.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 91.

MARTÍNEZ DALMAU desde un punto de vista estructural preceptuará como 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 impediría que se trata de un razonamiento lógico e invariable.¹²³⁵ 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 que el peligro estará asociado en el tipo de interprete 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 una concepción material del Estado constitucionalidad caracterizado por la aplicación de la voluntad constituyente todos los órganos se encuentran comprometidos con el cumplimiento de los principios y reglas constitucionales, teniendo el juez ordinario que 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.¹²³⁶

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 a su vez 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.¹²³⁷

La ponderación como formula creativa y discrecional genera una separación entre el derecho vigente y 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 a que el enfoque normativo de la Constitución sea insuficiente, quedando a merced de los jueces los

¹²³⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). "Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos", *op. cit.*, pp. 141-142.

¹²³⁶ *Ibid.*, pp.146-147.

¹²³⁷ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 140.

derechos constitucionales y generando una ruptura del principio de separación de poderes que permite a la jurisdicción debilitar los contenidos normativos a través de la principalización del derecho y sus métodos que crean, modifican o alteran la obra del constituyente.¹²³⁸ 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 principales que a su vez favorecen la creación normativa. Ahora bien, dicha creación podrá tener un alcance progresivo, pero también restrictivo de los derechos,¹²³⁹ de allí el principal peligro de las ideologías evolucionistas de los derechos.

Ahora entonces, 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.¹²⁴⁰

De este modo, los principios jurídicos y la ponderación implican escenarios de contante mutación constitucional en cabeza de los jueces que alteran tanto el principio de soberanía popular como las capacidades legislativas de los jueces, 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.¹²⁴¹ 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 vista deliberativo el principio de proporcionalidad sacrifica el carácter político y sociológico de los debates entorno a los derechos constitucionales, ello bajo el reduccionismo de una técnica jurídica.¹²⁴² Todo esto implica una teoría política anclada en la creación y

¹²³⁸ FERRAJOLI, L. (2012). “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en Revista DOXA, 35, pp. 812 y ss.

¹²³⁹ CANOSA, R. (2022). “Objetos y método de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁴⁰ PRIETO, L. (2001). “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, p. 202.

¹²⁴¹ BARNES 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. En BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *op. cit.*, pp. 43- 44.

¹²⁴² QUINCHE, M. (2022). *Los test constitucionales*, *op. cit.*, p. 268.

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 el peligro de la ponderación no solo reside en el aspecto subjetivo y discrecional que pudiese adoptar el intérprete a la hora de la decisión judicial, sino el verdadero riesgo se encontrara en la facilidad del interprete para recurrir a este medio con el fin de hacer prevalecer su moral sobre las normas creadas por vías democráticas. Es por ello, que esta idea esta inserta, en la necesidad de repensar el control difuso de control de constitucionalidad que permite a cualquier juez a ponderar y solucionar conflictos entre principios. Mas bien dada la abstracción de las normas constitucionales el juez ordinario se deberá ver compelido a seguir el precedente del tribunal constitucional. Del mismo modo, el juez ordinario puede hacer uso de la principalización de casos que cuenten con una regla de derecho precisamente aplicable al caso en estudio, ello dada la misma naturaleza de los principios jurídicos, lo que termina siendo una elusión a la ley y en consecuencia generando 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.”¹²⁴³

No cabe duda de que la ponderación como herramienta argumentativa del neoconstitucionalismo tiende a desconocer el principio de legalidad y hacen extensivo el principio de proporcionalidad a cualquier escenario del ordenamiento jurídico, incluso a aquel dominado por las reglas.¹²⁴⁴

Una de las críticas más interesantes a la ponderación seria la formulada por FERRAJOLI, 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

¹²⁴³ GASCÓN, M. (2016). “Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento político*, 20, pp. 212-213.

¹²⁴⁴ STRECK, L. (2014). “Poder judicial y constitucionalismo democrático”, *op. cit.*, p. 41; FERRAJOLI, I. (2012). “El constitucionalismo entre principio y reglas”, en *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, 35, pp. 807-

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, pudiendo obviar la aplicación de cualquier norma constitucional o infraconstitucional bajo la figura de la ponderación, lo que se traduce en la transformación de una teoría de poder anclada en los jueces y sus decisiones.¹²⁴⁵ No cabe duda que el derecho por principios y la ponderación tiene una relación directa¹²⁴⁶ como elemento de la estructura constitucional y a su vez, técnica de interpretación de los mismos 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 principalización de las reglas más básicas y una actitud tendiente a entregar amplios poderes a los jueces constitucionales.¹²⁴⁷

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 de normas constitucionales. Por ello, a pesar del carácter subjetivo o discrecional de las decisiones de los jueces cuando realizan un ejercicio de proporcionalidad, deberemos tener en cuenta el margen de legitimidad democrática del método aplicado por parte del tribunal constitucional. Ello por cuanto variara diametralmente el margen de legitimidad de la decisión, cuando es el propio constituyente quien establece la técnica de interpretación, de aquellos eventos en donde el tribunal constitucional lo hace 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, al establecer formulas abiertas de los enunciados normativos, pero además la ausencia de reglas que permita solucionar sus conflictos.

¹²⁴⁵ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, pp. 44 y SS.

¹²⁴⁶ GARCÍA, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México D.F, p. 76.

¹²⁴⁷ PINO 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”, en PINO, G. (2011). “Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en Revista *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, p. 219; Del mismo modo, RUÍZ MANERO 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 a acuñado como ponderación equitativa. EN RUÍZ MANERO, J. (2013). “Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1(1), p. 125.

Así podrá ser posible que el mismo constituyente establezca la posibilidad de que el tribunal constitucional acuda a formulas subjetivas o discrecionales para la interpretación de las normas constitucionales, esto permite que el Tribunal constitucional integre en sus decisiones un componte de legitimidad democrática en el resultado interpretativo.

3.2.3.2. El test o juicio integrado de igualdad: ¿una secuela del principio de proporcionalidad?

Unos de los principios más importantes dentro de las constituciones modernas resultan ser el derecho de igualdad. Así las cosas, el constituyente ha entregado a los poderes públicos verdaderos mandatos que fomentan la igualdad material entre los ciudadanos y a su vez, mecanismos que impiden la discriminación de estos. 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 cuando 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 a fin de determinar cuando el legislador ha desconocido el derecho de igualdad y no discriminación consagrada 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 test 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 para identificar que la diferencia de trato desborda los márgenes señalados por el constituyente.¹²⁴⁸ Es de este modo, que el test de razonabilidad sería relacionado con el derecho de igualdad, entre tanto tiene como finalidad primigenia determinar el carácter legítimo de una diferenciación entre sujetos por parte del legislador.¹²⁴⁹ El test de razonabilidad tendría como etapas: (1) la determinación del objetivo que pretende el trato desigual de la norma que es acusada de vulnerar el principio de igualdad;

¹²⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-422 de 1992.

¹²⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-022 de 1996.

(2) la determinación de la validez del objetivo a la luz de la Constitución; (3) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la proporcionalidad con respecto al objetivo que se persigue.¹²⁵⁰

En un segundo momento, la jurisprudencia de la CCC se decantó por la aplicación del test de distinta intensidad a fin de determinar cuándo un trato desigual subvierte el derecho de igualdad y no discriminación. Este tipo de test parte de la idea central que deben existir distintos niveles de intensidad sobre la igualdad, teniendo un nivel débil, intermedio o estricto según el nivel 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 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.”¹²⁵¹

Del mismo modo, en sentencia T-352 de 1997 la CCC empleo el test de distinta intensidad para determinar la constitucionalidad de una norma que preveía la exención de la iglesia católica a presentar declaración de bienes y rentas frente a otras confesiones religiosas que sí debían cumplir con dicha obligación tributaria. La CCC declaró en ese caso la inconstitucionalidad de las actuaciones tomadas por la entidad recaudadora de impuestos debido a la vulneración flagrante del principio de igualdad, entre tanto se establecía un trato desigual sin tener un objetivo constitucionalmente imperioso.

En 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, lo que permite que se complementen ambas metodologías

¹²⁵⁰ En otras palabras la CCC señaló: “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 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.

¹²⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-093 de 2001.

interpretativas y se tomen los puntos favorables de cada una de estas.¹²⁵² En todo caso, dicha metodología sería descrita por la CCC de la siguiente forma:

“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”.¹²⁵³

El juicio integrado de igualdad conforme 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 una igualdad entre desiguales; (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 estricta proporcionalidad.¹²⁵⁴ 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

¹²⁵² “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 los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. 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.

¹²⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-093 de 2001.

¹²⁵⁴ QUINCHE, M. (2022). Los test constitucionales”, *op. cit.*, p. 285.

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 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.”¹²⁵⁵

Así las cosas, señaló 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.”¹²⁵⁶

Respecto del criterio de comparación, el alto tribunal constitucional colombiano ha destacado que el actor que pretende se declare la vulneración al derecho de igualdad debe soportar la carga argumentativa que permita identificar que las personas, hechos o situaciones que se pretenden diferenciar el trato sean comparables. Por ello, este primer paso es de suma

¹²⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 104 de 2016.

¹²⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-038 de 2021.

importancia dados sus efectos prácticos, permitiendo situaciones de asimilación o diferenciación injustificadas.¹²⁵⁷

En un segundo momento, el juez constitucional debe verificar si desde un plano factico y jurídico se da una diferencia de trato entre personas o un grupo de personas.

En tercer momento, el juez constitucional debe verificar si la diferenciación de trato se encuentra justificada conforme la Constitución como la necesidad de que el intérprete defina si el objeto de la medida amerita un trato diferente. Por ello, el juez deberá analizar el fin buscado de 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 deberá aplicar. Como ya se había enunciado el *test* podrá aplicarse en tres intensidades leve, intermedio y estricto de la misma manera en que se aborda el juicio de proporcionalidad.¹²⁵⁸ 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.”¹²⁵⁹

3.2.4. Criterios de interpretación vía remisión constitucional.

La Constitución colombiana como pieza integrante del NCL, intenta dar solución a la difícil tensión entre democracia y derecho internacional a través de cláusulas de apertura que se

¹²⁵⁷ “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 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).

¹²⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-104 de 2016.

¹²⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-104 de 2016.

circunscriben a lo explícitamente señalado por el constituyente, esto siempre y cuando se respete la jerarquía de la Constitución por ser obra de la voluntad popular.¹²⁶⁰ No obstante, en el caso colombiano se hace necesario la aplicación de mecanismos guiados por un concepto de democracia procedimental que permitan integrar al pueblo como interprete auténtico de la Constitución en el caso de disputas entre el derecho interno y el internacional.

Ahora bien frente a la temática a tratar se encuentra un tercer grupo de criterios de interpretación que estarán sustentados en la remisión del poder constituyente a normas que directamente no hacen parte de la Constitución, pero dados sus contenidos materiales forman parte del texto supremo y se convierten en criterios interpretativo para el juez constitucional, lo que 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 del poder constituyente para la aplicación de este tipo de normas. 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°, tratándose de normas que desarrollan la interpretación de la Constitución democrática que integran criterios de interpretación de origen internacional al ordenamiento interno.¹²⁶¹

3.2.4.1. La aplicación del principio *pro homine*.

La aplicación del principio *pro homine* inicialmente tiene sustento en los artículos 1 y 2 de la Constitución debido a que busca la garantía y respeto de la dignidad humana como elemento esencial al Estado social de derecho como a 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 la persona, esto es, la interpretación que garantice en mayor medida los derechos fundamentales y derechos humanos de las personas.¹²⁶²

¹²⁶⁰ MARTÍNEZ DALMAU, R y TREMOLADA, E. (2014). “integración latinoamericana: democracia y las cláusulas de apertura en el nuevo constitucionalismo”, en TREMOLADA, E. *Los procesos de integración como factor de paz*, Editorial Universidad Externado, Bogotá., pp. 137- 144.

¹²⁶¹ TREMOLADA, E. (2016). “La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos”, *op. cit.*, pp. 122- 123.

¹²⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 191 de 2009.

Del principio *pro homine* se enuncian dos referentes normativos: el primero de ello, los derechos fundamentales como derechos consagrados expresamente por el constituyente a nivel constitucional y en segunda medida, los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que se hacen aplicables a través de la noción de bloque de constitucionalidad. Es por ello, que la aplicación del principio *pro homine* establece una jerarquía móvil entre los derechos en disputa, denegando la supremacía 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 contraponiéndose los derechos internos 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 infra constitucional 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.”¹²⁶³

En este sentido, la CCC ha hecho explícita la aplicación del principio *pro homine* a partir de la aplicación de los diversos instrumentos de derecho internacional que se incorporan a través del artículo 93 de la Constitucional. Destaca como el principio *pro homine* tiene sustento directo en los tratados y convenios de derechos humanos suscritos por Colombia, convirtiéndose en mandatos imperativos para los poderes públicos, integrándose vía bloque de constitucionalidad.¹²⁶⁴ Por ello se ha considerado como un criterio hermenéutico para entender la aplicación de los derechos humanos en el panorama interno.

¹²⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 148 de 2005.

¹²⁶⁴ Véanse como sentencias que desarrollan la noción de bloque de constitucionalidad: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-225 de 1995; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-177 de 2001, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 1319 de 2001

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.¹²⁶⁵

La aplicación del principio *pro homine* como fórmula que permite la aplicación de las normas de derecho internacional conlleva a cuatro escenarios interpretativos donde se busca proteger los derechos fundamentales y los derechos humanos: (1) la interpretación no puede suprimir, destruir o eliminar alguna 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 que optimice en mayor medida los derechos de la persona, declinándose siempre a favor de la dignidad humana; (4) la aplicación de estos derechos no puede excluir la protección de otros que incorporen otras garantías para la persona.¹²⁶⁶

El principio *pro homine* igualmente ha sido utilizado bajo la denominación de cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, debiendo acudir al criterio interpretativo que más amplifique de los derechos humanos, dándose de esta forma un efecto expansivo del enunciado normativo cuando se tratan de derechos protegidos, además se le dé un efecto restrictivo a los enunciados que establecen suspensiones o limitaciones a los derechos. Lo anterior se sintetiza en las siguientes reglas de preferencia:

¹²⁶⁵ 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 1º 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 5º 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”. En CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-438 de 2013.

¹²⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-313 de 2014.

- En caso de conflicto de enunciados normativos deberá aquel que tenga mayor amplitud respecto del derecho reclamado.
- Cuando se trata de una norma que consagre derechos deberá acogerse la interpretación que más amplifique los efectos del enunciado normativo.
- Cuando se trata 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) la escogencia de la interpretación del enunciado normativo aplicable al caso en cuestión.

Con todo, para la CCC el principio *pro homine* ha sido utilizado como un criterio de preferencia normativa y de preferencia interpretativa. En el caso de preferencia normativa por ejemplo la CCC en sentencia C-408 de 1996 reconoció la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Convención de Belem do Pará; en 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 sentencia T-725 de 2004 señaló que cuando una norma no establece de manera cierta la restricción de un derecho, al interpretar le está vedado restringir el mismo, debiéndose acoger la norma más favorable a la persona. De la misma manera, en sentencia C-372 de 2009 señaló que el poder ejecutivo en uso de sus facultades reglamentarias no puede restringir un derecho más allá de los ya señalado en las leyes.

Conforme lo señalado, DRNAS presenta las características, formas de aplicación y formas de intercomunicación del principio *pro homine* superando aquellas visiones que lo consideran como una 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.¹²⁶⁷

Como características el principio *Pro homine* se enuncian: (1) el principio *pro homine* ha evolucionado de las concepciones convencionales a modelos principialistas de derechos; (2)

¹²⁶⁷ DRNAS, Z. (2015). “La complejidad del principio *pro homine*”, en *Jurisprudencia argentina*, pp. 100- 103.

en materia de derechos humanos se trata de un principio *sui generis* que se extiende a otras ramas del derecho; (3) se trata de un criterio que irradie todo el ordenamiento jurídico; (4) se trata de un criterio autónomo de otro tipo de criterios de interpretación, robusteciendo la fuerza normativa de los instrumentos de derecho internacional; (5) se trata de un principio relativo buscando simetría con otros derechos; (6) se trata de un criterio móvil que puede ser acompasado por otro tipo de métodos de interpretación y además permite la adaptación de las normas a las realidades sociales; (7) se trata de un criterio de aplicabilidad exigible que no admite excepciones alguna; (8) es irreversible dado que rige otro tipo de técnicas de interpretación como la ponderación; (9) se trata de un concepto que permite unificar el sistema de fuentes (nacionales e internacionales); (10) es un principio que propugna por la protección de los derechos humanos independientemente de su pertenencia a determinado sistema jurídico.¹²⁶⁸

Ahora bien, la aplicación del principio *pro homine* permite la eficacia de la Constitución como la consecución de fines legítimos que buscan ser protegidos por el constituyente. Ahora entonces, un ejemplo recurrente de la CCC en materia de control de constitucional 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, empero debido a la aplicación del principio *pro homine* debe favorecerse aquella interpretación que beneficie en mayor medida el derecho a la dignidad humana y salud de las personas. Así tratándose de una norma restrictiva como lo es este tipo de reglamentaciones, la norma deberá interpretarse de tal manera que se dé la menor restricción posible al derecho.¹²⁶⁹

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) principio de determinación de la norma; (3) principio rector de la relación entre normas de derecho interno e internacional, dado que rompe con los esquemas de jerarquía normativa entre estos.¹²⁷⁰

Del mismo modo, HENDERSON 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

¹²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 103- 106.

¹²⁶⁹ Véanse las siguientes sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-278 de 2009, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-308 de 2006, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-945 de 2006.

¹²⁷⁰ DRNAS, Z. (2015). “La complejidad del principio *pro homine*”, *op. cit.*, pp. 103- 106.

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 que una norma tenga una mayor jerarquía normativa, la aplicación del principio *pro homine* relativizara su fuerza frente a otra norma, ya que protege en mejor medida los derechos de la persona; (2) la conservación de la norma más favorable, afectando el criterio clásico de temporalidad y jerarquía, lo que evita que una norma posterior en el tiempo derogue una norma que pese a ser más antigua, logra una mejor protección de los derechos humanos; como también la conservación de la norma que pese a tener menor jerarquía, protege de manera más adecuada los derechos fundamentales; (3) la interpretación con un 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.¹²⁷¹

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; (3) como eje articulador de todo el sistema jurídico.¹²⁷²

3.2.4.2. El principio de progresividad y no regresión.

El principio de progresividad y de no regresividad a diferencia de otros modelos del NCL, en Colombia no tiene fundamento directo 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 insertan al ordenamiento colombiano a través del bloque de constitucionalidad.¹²⁷³ La CCC ha señalado que el mandato o principio de progresividad de los derechos conlleva un límite al legislador, en tanto este no puede restringir 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

¹²⁷¹ HENDERSON, H. (2004). “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista IIDH*, 39, pp. 92- 96

¹²⁷² DRNAS, Z. (2015). “La complejidad del principio *pro homine*”, *op. cit.*, pp. 103- 106.

¹²⁷³ NOGUERA, A. (2010). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 128.

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.”¹²⁷⁴

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 los derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, y la Convención americana de derechos humanos.¹²⁷⁵ 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.¹²⁷⁶ 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.”¹²⁷⁷

Para la CCC del principio de progresividad se desprenden dos tipos de obligaciones o deberes para el Estado: el primero, 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; el segundo, consistirá en abstenerse de adelantar medidas

¹²⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 228 de 2011.

¹²⁷⁵ Pueden verse como casos de aplicación del principio de progresividad: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 372 de 2011, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-025 de 2004, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-372 de 2011 y CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C503 de 2014, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-595 de 2002.

¹²⁷⁶ CALVO, N. (2013). “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, en *Vis iuris*, 1(1), p.144.

¹²⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 228 de 2011.

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 de manera abstracta y concreta frente a derechos que no son considerados como fundamentales.¹²⁷⁸

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 este tipo derechos, sometiendo a un control judicial estricto.¹²⁷⁹ Así las cosas, legislador debe demostrar la existencia de imperiosas necesidades para restringir la aplicación del derecho social.¹²⁸⁰ 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

¹²⁷⁸ CALVO, N. (2013). “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁷⁹ 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 (...).

¹²⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 228 de 2011.

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”.¹²⁸¹

CLÉRICO 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, sin embargo, los medios han cambiado.¹²⁸²

A su vez, NOGUERA identifica que el principio de progresividad conlleva dos aspectos sustanciales: (1) en primer término, la no regresividad de los derechos reconocidos, donde intérprete realiza un ejercicio de comparación entre la norma modificada y la normas que suprimen o restringen los derechos concedidos con anterioridad; (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.¹²⁸³

A partir de la jurisprudencia de la CCC habrá que diferenciarse el principio de progresividad del principio de no regresividad, en tanto que son principios diferentes, pero interrelacionados. El principio de no regresividad se constituye como un límite a la arbitrariedad del legislador, mientras que el principio de progresividad supone verdaderas medidas que garantizan sucesiva y gradualmente la efectividad de los derechos sociales, según

¹²⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 046 de 2018.

¹²⁸² 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, Querétano, pp.131-133.

¹²⁸³ NOGUERA, A. (2010). “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de Derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos sociales. Nexos e interrelaciones en la últimas Constituciones latinoamericanas”, *op, cit*, pp. 133- 136

las capacidades económicas del Estado.¹²⁸⁴ 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 reducción del margen de protección del derecho, conservando el régimen más favorable a los derechos.¹²⁸⁵

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 que obligaciones son inherentes al mismo, sin las cuales el derecho se deformaría; (2) determinar la existencia de indicadores que permitan verificar el ejercicio del derecho; (3) verificar de 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 que permitan establecer las prioridades de la restricción, como la consideración del contenido esencial; (4) Identificar la existencia de políticas entorno 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 e 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; (8) determinar el tipo de órdenes para amplificar y genera un avance en el goce progresivo del derecho.¹²⁸⁶

Mientras que 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 primer categoría se deberá indagar (2) por las razones que justifican la regresión del derecho para ello 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; (c) la racionalidad causal, idóneo o adecuada; (d) la necesidad; (e) la proporcionalidad en sentido estricto; (f) la imposibilidad de anular el derecho; (g) la discusión de las restricciones durante la decisión; (h) 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

¹²⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 046 de 2018.

¹²⁸⁵ TOLEDO, O. (2011). “El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, En *Derecho y cambio social*, 8(23), pp. 2-3

¹²⁸⁶ VAZQUEZ, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos*, op, cit, pp. 162- 163.

de desarrollo del Estado; (b) severidad de la regresión; (c) situación económica del Estado; (d) la existencia de necesidades más importantes para el Estado; (e) la posibilidad de acudir a otras opciones; (f) el parte de recursos de la comunidad internación.¹²⁸⁷

En todo caso, en la jurisprudencia de la CCC las revisiones constitucionales demandadas en virtud del principio de progresividad, de forma indefectible han sido resueltas bajo la aplicación del principio de no regresión, en tanto se dan más casos de limitación de derecho que de su ampliación. Esto presenta una visión defensiva de los derechos a fin de evitar su restricción por parte de los poderes públicos.¹²⁸⁸

En concreto, la CCC ha utilizado el principio de progresividad como medio para la defensa de derechos sociales. Por ejemplo, en 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, protegiendo así el derecho a la seguridad social del accionante bajo la aplicación del principio de progresividad.¹²⁸⁹

En abstracto, por ejemplo, la CCC utilizó el principio de progresividad para declarar la constitucionalidad condicionada del art. 40 de la Ley 3 de 1991 en materia de derechos 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 resulta ser regresiva para los adquirentes de la vivienda, previendo posibles afectaciones a su vida, integridad y patrimonio. Por esto se concluye que la norma en cita deberá ser entendida que como

¹²⁸⁷ *Ibid.*, pp. 173-174.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, P. 162.

¹²⁸⁹ “Así, se encuentra que el contenido de la norma vigente al momento del retiro del servicio del ciudadano Barragán Barragán, resulta abiertamente regresiva. Pues, implicó que cuando al actor le faltaba un poco menos de un mes para cumplir con el requisito del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, para acceder a la *asignación de retiro*, se deroga el mencionado artículo, y se expide el Decreto 2070 de 2003, cuyo artículo 24 le impone al tutelante completar 3 años y 1 mes más de servicio para acceder al derecho. Adicionalmente, la norma que agrava los requisitos sólo tiene vigencia de 9 meses, porque la Corte Constitucional la declara inexecutable y, el demandante es retirado en el periodo de los 9 meses de vigencia, en una fecha en que ya había completado y superado el mes que le hacía falta para cumplir con los requisitos de la norma derogada, pero reincorporada después de la declaratoria de inexecutable. Por ello, la Corte considera que en el caso concreto se debió inaplicar el artículo 24 del Decreto 2070 de 2003, por cuanto su aplicación vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social al ciudadano Barragán Barragán, derechos cuya regulación debe respetar el principio de progresividad y no-regresividad.”, en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-1102 de 2008. Véase en control concreto de constitucionalidad las sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 270 de 2014 y CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 024 de 2015.

condiciones mínimas de la vivienda de interés social, los vendedores deberán constituir póliza de estabilidad de la obra.¹²⁹⁰

También el principio de proporcionalidad fungirá como referente interpretativo en el caso del derecho a la educación, adquiriendo la categoría de derecho fundamental, bajo la necesidad de ampliar sus prestaciones de manera progresiva. Así la CCC 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. Así para el alto tribunal la medida de la entidad estatal se encuentra en contra del principio de progresividad y no regresión, dado que la orden tiene efectos restrictivos del derecho a la educación de una población de especial protección constitucional dada su debilidad manifiesta. Se procede a ordenar la continuidad en la prestación del auxilio educativo dada la vulneración del principio de progresividad y el derecho a la educación.¹²⁹¹

¹²⁹⁰ “La Corte ha concluido que el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991 es inconstitucional porque, al derogar la obligación de constituir la póliza tantas veces mencionada, produjo un vacío legislativo que significa una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social. Así las cosas, la disposición acusada ha sido hallada inconstitucional no por lo que su tenor literal ahora expresa, asunto sobre el cual nada dice la demanda ni la Corte ha hecho consideración alguna en esta Sentencia, sino porque no contiene un mandato que sí estaba recogido en la norma anterior, esto el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, subrogado por ella. Además, la Corte ha encontrado que el legislador tenía la obligación de mantener la exigencia de la póliza, pues se trataba de una medida que ampliaba el espectro de protección de un derecho económico y social, por lo cual el principio de progresividad y la subsiguiente garantía de no regresividad de esta clase de derechos le impedía derogar dicha póliza, a menos que demostrara que se trataba de una medida imperiosa desde la perspectiva constitucional, cosa que no hizo. Así las cosas, concluye la Sala que está en presencia de una omisión legislativa relativa, pues la disposición demandada no contiene un elemento normativo que el legislador debía mantener en el ordenamiento. Si bien las anteriores consideraciones conducirían a la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada, lo cierto es que, como se acaba de decir, de un lado la inconstitucionalidad detectada no se debe a lo que dicha disposición ahora prescribe, sino a que con ella se produjo la subrogación de una norma, lo que originó un vacío legislativo que al legislador le estaba prohibido generar. De otro lado, el retiro del ordenamiento de la norma acusada llevaría a una situación de inconstitucionalidad más gravosa, por lo que se hace necesario acudir a una modalidad de sentencia integradora. En efecto, se generaría una desprotección frente a las condiciones mínimas de vivienda adecuada para sujetos de especial protección (de interés social) que hace necesario preservar la norma en el ordenamiento jurídico pero condicionada a que se mantenga la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una póliza o garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan. Ello bajo el principio de interpretación conforme a la Constitución.”, ver en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-444 de 2009.

¹²⁹¹ Como consideraciones de la CCC se expone en sentencia T-750 de 2010: “Con lo visto, concluye la Sala que la decisión adoptada por el ente accionado mediante la expedición de la Resolución No. 001152 del 8 de septiembre de 2009, es evidentemente una disposición regresiva, esto, en la medida en que luego de haberse tenido durante varios años un claro estándar de protección, sorpresivamente éste se ve disminuido, con el agravante que dicha determinación vulnera los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como lo son los niños y los discapacitados. Una vez establecido que con la expedición de la Resolución en mención, EMCALI adoptó una medida a todas luces regresiva, pasará la Sala brevemente a realizar un test de proporcionalidad con la finalidad de demostrar que dicha medida es además injustificada, en cuanto no se presentaron razones suficientes para hacer una diferenciación entre los hijos de los jubilados y los hijos de los trabajadores activos. Sobre el particular, encuentra la Corte en un principio, que la decisión adoptada por EMCALI goza de presunción de legalidad, en tanto la entidad puede mediante la expedición de actos administrativos regularse financiera y económicamente. Ahora, debe tomarse en consideración si dicha medida resulta ser adecuada y necesaria para lograr el fin perseguido por la administración, sobre este punto, no se

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, a pesar de que no se trate de una modificación cualitativa del ordenamiento jurídico, el juez constitucional modificara cuantitativamente las obligaciones del Estado respecto al derecho interpretado, pudiendo alterar los balances interinstitucionales entre los poderes públicos.

3.2.4.3. 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.¹²⁹²

Conviene indicar como el constituyente de 1991 estableció una lista cerrada de derechos susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela, estableciendo estas disposiciones como verdaderos derechos susceptibles de aplicación inmediata a través del mecanismo judicial de la acción de tutela.

Sin embargo, en razón a la estrecha conexidad entre el derecho que se busca proteger y un derecho fundamental, el alto tribunal ha declarado la procedencia de la acción de tutela. Vale aclarar como el constituyente de 1991 adopta una lista cerrada frente a los derechos fundamentales, haciendo procedente la acción de tutela siempre y cuando se tratara de esta clase de derechos. Por ello, en Colombia no todos los derechos constitucionales son

vislumbra ninguna explicación que justifique la supresión del beneficio educativo sólo de los hijos de los pensionados, tornándose en consecuencia, en una medida discriminatoria en el sentido de estar encaminada a excluir a un determinado grupo de personas que por demás se encuentran en un estado de debilidad manifiesta. Por último, es indudable que la decisión proferida por EMCALI es desproporcionada y sacrifica valores constitucionales como lo son la igualdad y el derecho a la educación de los discapacitados, sin que medie razón suficiente para ello.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 750 de 2010).

¹²⁹² MARTÍNEZ, H. (2013). “Protección constitucional de los derechos sociales. Implementación de instrumentos intencionales en las decisiones de la Corte Constitucional”, en *Estudios de derecho*, 71 (158), p. 24

susceptibles de ser protegidos vía acción de tutela sino solo una porción de estos.¹²⁹³ Muy tempranamente la CCC en sentencia T-491 de 1992 señalara:

“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.”¹²⁹⁴

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, su afectación material conlleva la vulneración de un derecho fundamental.¹²⁹⁵

BREWER- CARIAS señala como la tesis de la conexidad de los derechos ha servido como una formula activista para la protección de los derechos sociales, económicos y culturales en el ordenamiento jurídico colombiano a raíz de la ausencia de garantías jurisdiccionales para este tipo de derechos, apelando el juez constitucional a un excesivo activismo judicial.¹²⁹⁶

¹²⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-111 de 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 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.”

¹²⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 491 de 1992.

¹²⁹⁵ NOGUERA, A. (2009). “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios constitucionales*, 7 (2), p. 196.

¹²⁹⁶ BREWER-CARIAS, A. (2014). “Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales”, en el *II Congreso Internacional "Los Derechos Económicos y Sociales y su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho"*, pp. 10-11

ANGEL destaca que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se sustentan “*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*”.¹²⁹⁷ 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 de las decisiones de la CCC dado que los efectos de las sentencias han sido de diversa índole, 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 como derechos que no son 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 en el catálogo de derechos fundamentales y ser un derecho de carácter prestacional, dada la especial conexión con otros derechos fundamentales, deberá ser tratado como tal, de allí que su protección se dé vía acción de tutela.¹²⁹⁸

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, a fin de brindar su garantía. Por ejemplo, en 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 el procedimiento médico que solicitaba le fuera practicado por su prestador de salud

¹²⁹⁷ ÁNGEL, N. (2021). “Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia”, en COURTIS, C. *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales (DESCA)*, escuela federal de formación judicial, pp. 343-344.

¹²⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 699 de 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.”

ponía en riesgo su vida. Así mismo, tampoco probó la afectación al derecho al mínimo vital y su imposibilidad de pagar el valor del procedimiento médico.¹²⁹⁹

Otro caso interesante para explicar el criterio interpretativo de conexidad de los derechos será las decisiones relacionadas con el UPAC como medio para la adquisición de vivienda. En este sentido, la CCC considero que el sistema de financiamiento resultaba ser 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 créditos hipotecarios. Por ello, la CCC ordinaria la reliquidación de los créditos hipotecarios y exhorto al legislador a expedir una nueva norma frente a la financiación de vivienda en Colombia.¹³⁰⁰

El 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, negando la ausencia de protección por parte del Estado de esta clase de derechos y por el contrario, 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.¹³⁰¹

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

¹²⁹⁹ 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 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 \$ 343.000.00, así lo certificó su empleador en documento allegado a esta Sala mediante solicitud de tal prueba.”

¹³⁰⁰ Ver sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-383 de 1999; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-747 de 1999; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-700 de 1999.

¹³⁰¹ Véase CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-617 de 2005; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-109 de 2011; CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-088 de 2011; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-484 de 2011.

social deberá probarse que el accionante acredite su condición de sujeto de especial protección constitucional.¹³⁰²

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 anterior con la agravante que al tratarse de un ejercicio de control concreto y difuso de control 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 derecho consagrada en el artículo 94° de la Constitución, busca amplificar el catálogo de derechos constitucionales contenidos en la Constitución, posibilitando la asunción de derechos contenido en normas e instrumentos de derecho internacional, negando el carácter taxativo de derecho. Por esto, la CCC ha adoptado en sus decisión el criterio de clausula innominada para proteger derecho que en un inicio no serían establecidos por el constituyente, pero su por estrecha relación con otros derechos esenciales, inalienables e inherentes al ser humano es necesario que sean garantizados, se puede observar entre otros: el derecho a la propiedad colectiva de las poblaciones indígenas,¹³⁰³ el derecho a la filiación,¹³⁰⁴ el derecho al agua,¹³⁰⁵ el derecho al mínimo vital,¹³⁰⁶ el derecho a la recuperación de un órgano funcional.¹³⁰⁷ Desde este escenario dicho derecho a pesar de no encontrarse contemplados en la Constitución y no ser explícitos por el 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 existiendo una relación conexidad con los derechos fundamentales consignados por el constituyente. En todo caso, la autorización vía remisión constitucional por parte del constituyente avalará la aplicación

¹³⁰² 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.”

¹³⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 188 de 1993.

¹³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 160 de 2013; T- 997 de 2003; T- 584 de 2004; T- 954 de 2010.

¹³⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 129 de 2017; sentencia T-297 de 2018; T- 737 de 2015; T- 418 de 2010; T- 760 de 2008;

¹³⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-581 de 2011.

¹³⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-883 de 2014

de estos derechos por ser voluntad del poder soberano la integración de estos 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 han tenido una especial incidencia amplificadora de los derechos constitucionales, generando una extensión en los efectos de las normas constitucionales a partir de la interpretación jurisprudencial. Por ejemplo, se puede analizar como en las decisiones que versaban sobre la equiparación de derechos de parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales se denota una clara incidencia de las normas de derecho internacional para amplificar los derechos de las parejas homosexuales.¹³⁰⁸ Así en aquellas sentencias donde se negaba la equiparación de derechos el juez constitucional no acudía a normas internacionales,¹³⁰⁹ mientras que en aquellas sentencias en que se daba una equiparación de derechos el juez acudía al catálogo normativo propio del bloque de constitucionalidad.¹³¹⁰

3.2.5. 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 que se tenga en cuenta tanto el rango de la norma como su tipología. Bajo esta idea el control fuerte de constitucionalidad ejercido la CCC ha llevado a que se aplique métodos tradicionales de interpretación según el tipo de normas que se pone en tela de juicio su constitucionalidad, obedeciendo el control a normas infra constitucionales que son propias de la tipología de reglas jurídicas, pero a su vez constituyéndose en el máximo intérprete de este tipo de norma debido a la irradiación de la Constitución en el ordenamiento jurídico. De este modo, los enunciados infraconstitucionales tendrán la connotación de adscribirse a tipología tipo regla, teniendo además la función de mandar o prohibir

¹³⁰⁸ PÉREZ, A, CHICA, J y BERRIO, E. (2018). El cambio de paradigma del concepto de justicia constitucional y los derechos humanos, Tesis de Grado, Universidad Cooperativa de Colombia.

¹³⁰⁹ Pueden verse CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-098 de 1996; sentencia C-238 de 2012; sentencia SU-617 de 2014; sentencia C-071 de 2015.

¹³¹⁰ Puede verse CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-075 de 2007; sentencia C-336 de 2008; sentencia SU-214 de 2016.

determinada conducta,¹³¹¹ siendo necesario que el intérprete acuda a sus métodos tradicionales a fin de adecuar este tipo de enunciados a los postulados constitucionales.

Por otra parte, existirán técnicas propias de la tipología principales de índole constitucional, tratándose de métodos que buscan concretizar los principios jurídicos y sus disputas cuando se trata de contenidos abiertos que requieren del principio de proporcionalidad y la ponderación; y Finalmente, se extrajeron criterios vía remisión constitucional del constituyente hacia enunciados normativos con contemplados en la Constitución, pero que desde un punto de vista material si hacen parte de esta, inclusive amplifican el catálogo de derechos y garantías 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 cuando se da un ejercicio de 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; para finalmente determinar su compatibilidad o no con el ordenamiento jurídico.

La CCC ha estado guiada por la tipología y rangos de las normas que se pretenden interpretar, constituyéndose 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, un acto reformativo 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 como “el juicio de sustitución constitucional”, entendiendo que la naturaleza sui generis de la norma a demandar 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

¹³¹¹ ZAGREBELSKY, G. (2008). *El derecho dúctil, op, cit*, p. 109.

se tengan sendos límites a la actividad interpretativa de los jueces, como a su vez, se apliquen de manera inconsistente uno u otro tipo de técnica de interpretación, propiciando que el operador judicial adapte la técnica de interpretación según el resultado que se quiera obtener. De esta forma, el intérprete de manera previa establece el resultado interpretativo para posteriormente utilizar la técnica que más favorezca y se “acomode” a su significado. Por ello, se permite que el juez pueda generar variaciones informales tanto a los contenidos constitucionales como a las normas infraconstitucionales, afectando con ello no solo la soberanía popular al modificar la obra o creación del constituyente, sino además afectando el principio democrático y de separación de poderes dadas las facultades creativa 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 a un órgano de índole política, pero sin los procedimientos adecuados para asegurar el margen democrático de la creación normativa.

3.2.6. Tipología de sentencias en la Corte Constitucional que promueven el activismo judicial.

Para explicar la diferencia entre enunciados normativos y normas, como a su vez los resultados de la interpretación una vez establecido la ideología de la interpretación y sus métodos, la CCC ha recurrido a la modulación de sus fallos como mecanismo para adecuar las normas infra constitucionales 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, de la norma que es referente de validez del enunciado demandado; y a su vez, de la norma infra constitucional enjuiciada, propiciando el modelamiento de cualquier de los enunciados normativos tanto de índole constitucional como aquellas de índole infra constitucional. Así las cosas, la capacidad creativa y

transformadora de la legislación en cabeza del juez deviene del método que este 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 han dispuesto como 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 aun que manipula los sentidos de las normas enjuiciadas a fin de no expulsar la norma del ordenamiento jurídico; según su modulación de intención en tanto ayudar a aclarar las dudas que pudiesen surgir de la legislación ya sea por vía de acción y omisión; según su modulación temporal.¹³¹²

CLASIFICACIÓN SEGÚN VELANDIA y GARZÓN	
<i>Tipo de modulación</i>	<i>Tipo de sentencias</i>
contenido	manipulativas interpretativas o condicionales
modulación de la intención	sentencias que admiten una inconstitucionalidad
	sentencias que integran un vacío
	sentencias que integran el texto cuestionado
	sentencias sustitutivas
	denegatorias
	exhortativas

Tabla 18. elaboración propia.

OLANO 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

¹³¹² VELANDIA, E, y GARZÓN, E (2022). “Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia”, en FIGUEROA, G. (Coord). *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, en Suprema Corte de Justicia de la Nación centro de estudios constitucionales, p. 420.

afectan el contenido de las normas o sentencia manipulativas; sentencias sujetas a sus efectos temporales; y otros modelos sin modulación.¹³¹³ Ahora bien respecto de las sentencias que modifican los contenidos de las normas o las llamadas sentencias manipulativas para el autor se 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 a fin de no generar un déficit de desprotección aún mayor al invocado en la demanda de inconstitucionalidad.¹³¹⁴

El fundamento de las sentencias interpretativas consiste en la necesidad de que el intérprete compatibilice los contenidos normativos infra constitucionales al texto supremo. Es como el juez constitucional realiza una doble interpretación, como ya mencionamos en antelación, esto es, una interpretación normativa del texto enjuiciado y una interpretación del parámetro del control. De este modo, al juez constitucional se le entrega la facultad de encontrar los significados acordes a la Constitución de las normas inferiores.¹³¹⁵

En todo caso, el principio de interpretación conforme no se constituye como un método en sí mismo, sino como una regla que establece como deberá interpretarse la Constitución. No obstante, el doble ejercicio interpretativo del juez constitucional– respecto de la norma enjuiciada y la norma constitucional, conlleva a que el método anteceda la aplicación del principio de interpretación conforme, dado que el sentido acorde a la Constitución está predispuesto por el método o técnica empleado por el intérprete. Esto, por ejemplo, implica que un enunciado infra constitucional pueda estar conforme una interpretación histórica del enunciado constitucional, pero no respecto de su carácter sistemático. 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.

¹³¹³ OLANO, H. (2004). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, en *Vniversitas*, 53 (108), pp. 574 y ss.

¹³¹⁴ *Ibid.*, pp. 576

¹³¹⁵ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). Argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales, *op. cit.*, p. 279.

De esta forma, las sentencias interpretativas son precedidas por el método escogido por el intérprete y aumentan en mayores medidas las facultades creativas de los jueces, como desvanece el principio democrático y de separación de poderes bajo el manto de la adecuación conforme la Constitución y la continuidad de la norma en el ordenamiento. Sin embargo, introduce cambios en apariencia legítimos según el método adoptado por el intérprete. No olvidemos, como las ideologías constitucionales reflejan una idea del cambio constitucional que a la luz del NCL solo considera plausible aquellos cambios efectuados únicamente por el poder constituyente.

Del mismo modo, las sentencias interpretativas actúan para permitir la conservación de las leyes, haciendo inviable la inconstitucionalidad de una norma solo cuando de la misma no se permita establecer una interpretación acorde a la Constitución. Por esto se trata de sentencias formalmente desestimatorias de la inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de las mismas. 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 los métodos establecidos por el orden jurídico.

GASCÓN ha 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, se permite la manipulación de la interpretación de la norma. En el primero de los casos, se modifica vía jurisprudencial el texto de forma explícita,¹³¹⁶ mientras que en el segundo caso la modificación se da respecto del sentido de la norma.

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

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 283

	autoridad normativa. Se da cuando se presentan omisiones legislativas puntuales.

Tabla 19: Elaboración propia.¹³¹⁷

En todo caso, esta tipología de sentencias evoca unas competencias del tribunal constitucional como un verdadero legislador positivo, en tanto crea normas jurídicas vía interpretación constitucional.

Respecto de las sentencias condicionales, las mismas fijan el alcance normativo de la norma. Limitando sus efectos y aplicación. Así, una vez, realizado el estudio de constitucionalidad la norma subiste 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.¹³¹⁸ Del mismo modo, NOGUEIRA 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.¹³¹⁹

Ahora, 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 un grupo poblacional, haciendo necesaria 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 facticos, no comprendido 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 ha señalado que este tipo de normas fortalecen el activismo judicial de los tribunales constitucionales, dado que superan la visión clásica del modelo kelseniano de legislador negativo y, por el contrario, se convierte en un verdadero órgano creador, siendo una innovación dentro del sistema.¹³²⁰

¹³¹⁷ Tomado de GASCÓN, M. Argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales, *op. cit.*, p. 279.

¹³¹⁸ OLANO, H. "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *op. cit.*, pp. 573 yss.

¹³¹⁹ NOGUEIRA, H. (2004). "Consideraciones sobre la tipología u efectos de las sentencias emanadas de tribunales constitucionales y corte constitucionales", en *Ius et Praxis*, recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005

¹³²⁰ *Ídem.*

El mismo modo, GASCÓN critica este tipo de sentencias por cuanto el tribunal constitucional actúa como un legislador positivo creando nuevas normas sin la aquiescencia del legislador democrático, lo que implica una usurpación de funciones en cabeza del poder judicial que 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, esto es, una amplificación de derechos o una restricción de estos.¹³²¹ Una tesis que demuestra una vez más que 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 segunda será entendida como el sentido interpretativo que se le da al enunciado lingüístico. Por ello a partir de esta idea base, los tribunales constitucionales puedan manipular los sentidos de la Constitución a fin de evitar vacíos jurídicos que promueven mayores escenarios de inconstitucionalidad, haciendo necesario dar aplicación a una interpretación conforme la Constitución.¹³²²

Las sentencias sustitutivas se tratan de 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 se trata de aquellas que combinan una sentencia de inconstitucionalidad con una sentencia integradora.¹³²³

Mientras que se tratan de sentencias exhortativas como aquellas en que se le establece un plazo determinado para que el legislador 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.¹³²⁴

La CCC se ha decantado por utilizar en su jurisprudencia como mecanismo de interpretación las conocidas sentencias integradoras como modalidad de decisión judicial que desarrolla los derechos constitucionales en el derecho infraconstitucional para integrar vacíos normativos

¹³²¹ GASCÓN, M. (2016). "Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?", *op. cit.*, pp. 209-210.

¹³²² VELANDIA, E, y GARZÓN, E. (2022). "Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia", *op. cit.*, p. 421.

¹³²³ OLANO, H. (2004). "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *op. cit.*, pp. 580-581.

¹³²⁴ OLANO, H. (2004). "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *op. cit.*, p. 581.

frente a la indeterminación de este tipo de textos.¹³²⁵ Se observa como entonces 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 desarrollara la función de interprete 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 la aplicación 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 eso pese a la insuficiencia de la misma legislación, el juez constitucional ajusta los significados de los enunciados normativos sobre los cuales hace control.¹³²⁶

La CCC ha dispuesto tres tipos de sentencias integradoras que permiten llenar los vacíos normativos propios de la Ley como a su vez las indeterminaciones de la norma: (1) sentencias interpretativas o condicionadas; (2) sentencias aditivas y (3) sentencias sustitutivas. Todas estas resultan sustentarse 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, una constitucionalización de la totalidad de las ramas del derecho, lo que evoca una fuerte labor creativa del juez constitucional¹³²⁷ en desmedro de las competencias de otros órganos como mayor margen de legitimidad democrática.

En este punto conviene resaltar como 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 sea el resultado de la interpretación efectuada por el juez.¹³²⁸ A partir de esta posición semántica, la CCC ha formulado toda una tipología

¹³²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-325 de 2009.

¹³²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-325 de 2009.

¹³²⁷ BERCHOLC, J. (2017). "Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad. Su utilización por el tribunal constitucional de España", en *RIL Brasília*, 54 (2), pp. 34-35,

¹³²⁸ 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,

de sentencias interpretativas que puede alterar el significado inicialmente propuesto por la autoridad normativa cuando se realizan ejercicios de control de constitucionalidad.

3.2.6.1. Sentencias modulativas o condicionadas desde la Corte Constitucional Colombiana.

La CCC ha empleado al largo de su jurisprudencia el principio de interpretación conforme que ha formulado y desarrollado la teoría de la modulación de los fallos constitucionales a 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 interpreta las normas infraconstitucionales a fin de “adecuarlas” al texto supremo. La CCC ha destacado como 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.¹³²⁹ Con todo el fundamento constitucional de la modulación de los fallos constitucionales radica en los principios de supremacía de la Constitución, el principio de conservación del derecho y el principio de interpretación conforme.¹³³⁰

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

¹³²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-203 de 2002.

¹³³⁰ 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, 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.

No obstante, el principio de supremacía constitucional evoca una teoría dogmática cercana al neoconstitucionalismo que centra la supremacía en el texto constitucional sobre la noción de poder constituyente. No obstante, en los modelos del NCL no se hablará de una supremacía constitucional a secas, sino una supremacía determinada 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 a fin de entregar una competencia de adjudicación al máximo tribunal constitucional colombiano.¹³³¹

Las sentencias condicionadas o de constitucionalidad conforme se caracterizan por ser providencias judiciales que declaran la constitucionalidad de una norma, pero la misma es condicionada bajo un resultado interpretativo formulado por el tribunal constitucional, lo que lleva a que el juez constitucional elimine las demás interpretaciones posibles de la norma. Es por ello que este tipo de sentencia llevan consigo la idea de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma resulta ser 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 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.¹³³²

QUINCHE 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 conforme la Constitución, el juez constitucional deberá declarar la exequibilidad de la norma; (2) cuando

¹³³¹ BECHARA, A. (2018). *La carga invertida de los derechos fundamentales: el estado constitucional como principios y como garantías diálogos entre los modelos de interpretación colombiano, español e italiano, op, cit*, p. 220-221.

¹³³² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia 492 de 2000.

la interpretación de la norma solo admite resultados contrarios a la Constitución la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico; (3) cuando la interpretación de una norma admita interpretación conforme la Constitución y a su vez interpretaciones contrarias, el juez condicionará la constitucionalidad de la norma según los sentidos que denoten su conformidad con la Constitución; (4) cuando la interpretación de las normas infra constitucionales tienen resultados alternativos, pero afectan principios y valores constitucionales, el juez constitucional debe excluir aquellas interpretaciones que sean irracionales o vulneren principios propios de cada sistema jurídico.¹³³³

Al respecto, MARTÍNEZ CABALLERO ha señalado que las sentencias condicionadas son las más comunes dentro de la justicia constitucional colombiana, ya que restringe el alcance normativo de la norma enjuiciada, esto es, afecta el contenido de la norma, pero permite su eficacia y continuidad dentro del sistema, expulsando aquellas interpretaciones que pudieren ser contradictorias a la Constitución.¹³³⁴

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 sobre este tipo de sentencia la CCC:

“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”.¹³³⁵

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 a la aplicación de una ideología evolucionista tal como lo enuncia la CCC. Lo anterior, debido a

¹³³³ QUINCHE, M. (2022). *Los test constitucionales*, op, cit, pp. 142- 144.

¹³³⁴ MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000). “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana”, op, cit, p. 24.

¹³³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 569 de 2004.

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 la realidad imperante en un momento determinado y otra es la competencia única de la Corte Constitucional de controlar los sentidos conforme a la Constitución de las normas infraconstitucionales.¹³³⁶ 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 única de los órganos de control concentrado de constitucionalidad.

NOGUERA señalará como 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 determinara el tipo de interpretación que se le dará al texto acusado, lo que ha rebasado la clásica noción de poder legislativo negativo.¹³³⁷

Un ejemplo interesante resulta ser la despenalización del aborto en Colombia. Ya en sentencia C-355 de 2006, la CCC habría condicionado la Constitucionalidad de la norma siempre que se contemplaran como excepciones a la misma: (1) el embarazo riesgoso para la salud de la gestante; (2) las malformaciones del feto que hagan su vida inviable; (3) el embarazo producido por un acceso carnal violento. Posteriormente, dicha modulación será alterada mediante 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.

3.2.6.2. Las sentencias integradoras aditivas desde la Corte Constitucional Colombiana.

A *contrario sensu* de lo dispuesto en las sentencias condicionadas que se determina el sentido hermenéutico conforme con la Constitución, las sentencias integradoras aditivas posibilitan que el juez constitucional inserte un sentido interpretativo que a *prima facie* la norma no contiene a fin de mantener su constitucionalidad. Este tipo de sentencia incorporan un elemento novedoso que inicialmente la norma enjuiciada no prevé, ello a fin de superar el vacío normativo que vulnera la Constitución.¹³³⁸ Por todo, el juez constitucional proyecta los

¹³³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLIMBIA, sentencia C-569 de 2004.

¹³³⁷ NOGUERA, A. (2010), *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, op. cit. pp. 120-121.

¹³³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 233 de 2021. Pueden verse, además: CORTE CONSTITUCIOANL DE COLOMBIA, sentencia C- 470 DE 1997, CORTE CONSTITUCIONAL DE

contenidos constitucionales a fin de superar los vacíos de la legislación o la indeterminación propia de los enunciados normativos infra constitucionales.¹³³⁹

De este modo, las sentencias aditivas buscan resolver una omisión legislativa de naturaleza relativa, teniendo el juez la obligación de ampliar el espectro normativa a fin de garantizar el principio de igualdad.¹³⁴⁰

En efecto, este tipo de providencias dan un alcance mayor al inicialmente previsto por la autoridad normativa, en tanto que sin esa adición la norma terminaría siendo inconstitucional, de allí 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 consignarse en la providencia C- 336 de 2008, en donde la CCC señaló que la aplicación de varias normas contenidas en la Ley 100 de 1993 relativa a la seguridad social se hacían extensibles 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 este 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 a fin de determinar si la norma vulnera dicho principio. Sin embargo, la tipología de sentencias integradoras evitan que la norma salga del ordenamiento jurídico y el juez toma un papel activo para equiparar los derechos.

Otro caso que podría tomarse como ejemplo será el expuesto en la sentencia C- 600 de 2011 donde se demandaría 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

COLOMBIA, sentencia C- 543 de 1996; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-005 de 1998; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-112 de 2000.

¹³³⁹ Pueden verse las siguientes sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C-109 de 1995; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA , sentencia C-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.

¹³⁴⁰ SOLANO, E. (2007). “La modulación de los efectos de las sentencias de Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en JULIO, A. *Teoría constitucional y políticas públicas*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 544-547.

daba un trato diferente entre los cónyuges y compañeros permanentes como a los familiares unidos por vínculos de consanguinidad y aquellos unidos por vínculos civiles. Así, la CCC señaló que la expresión “cónyuge” sería declarada exequible bajo el entendido que comprendía también a los compañeros permanentes y frente a los familiares en primer grado de consanguinidad comprendía los parientes de primer grado civil. Ello sin lugar a duda, implicó adicionar contenidos normativos y supuestos fácticos no contemplados por la norma inicialmente.

El procedimiento para este tipo de sentencias se encuentra ligado a: (1) la existencia de una disposiciones normativa sobre una materia que puede ocasionar que su interpretación conduzca 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 genera un déficit de protección en un grupo de personas por los avances propios de la sociedad; (3) la necesidad de amplificar los efectos de la norma a supuestos de hecho inicialmente no contemplado a fin de subsanar el déficit de protección.¹³⁴¹

De esta forma, este tipo de sentencias evocan una ideología evolutiva de la interpretación que permiten al juez adaptar las normas infra constitucionales a las nuevas dinámicas sociales con la aparente necesidad de adecuar el enunciado enjuiciado a la Constitución. Del mismo modo, este tipo de sentencias se anclan primordialmente en el uso en el principio de igualdad como garantía que permite la protección de grupos poblacionales no previstos por el legislador.

Es por ello, que en las sentencias aditivas se tratan de verdaderas omisiones legislativas al existir una regulación insuficiente que no solo se sustentan en la garantía del principio de igualdad, sino que además pueden darse vacíos jurídicos que contravienen la Constitución por vulnerar otros derechos constitucionales.¹³⁴² 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 trata de una actividad del legislador incompleta. No obstante, las sentencias aditivas versan sobre omisiones legislativas relativas donde el juez constitucional debe adicionar al texto, supuestos o circunstancias acordes a la Constitución. La CCC ha dispuesto como circunstancias o

¹³⁴¹ QUINCHE, M. (2022). *Los test constitucionales*, op, cit, pp. 146- 147.

¹³⁴² MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000). “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad”, op, cit, 25.

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; (4) cuando el legislador omite en una regulación un elemento esencial al mismo.¹³⁴³

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 los derechos y principios constitucionales emanados del poder constituyente, garantizando la efectividad de los mandatos contenidos en el texto supremo.

3.2.6.3. Sentencias integradoras sustitutivas desde la Corte Constitucional Colombiana.

Las sentencias integradoras sustitutivas se trata de aquellas que son el punto intermedio entre una sentencia de inconstitucionalidad y una sentencia integradora dado que elimina o anula un precepto de la legislación enjuiciada e incluye un mandato propio de la Constitución. Es como las sentencias integradoras sustitutivas tienen una función de legislador negativo controlando la constitucionalidad de los enunciados normativos infra constitucionales, pero además reconstruye la norma a fin de superar el vacío normativo generado por la inconstitucionalidad. Por ello, la CCC reemplaza las expresiones no acordes a la Constitución por otras que permiten la continuidad del enunciado en el sistema jurídico.¹³⁴⁴

Ahora entonces, 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 a fin de permitir la continuidad del enunciado normativo en el sistema.¹³⁴⁵

¹³⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-543 de 1996.

¹³⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 235 de 2009. 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

¹³⁴⁵ QUINCHE, (2022). *Los test constitucionales*, op, cit, p. 148.

Un primer ejemplo puede ser lo expuesto en sentencia C-1325 de 2005 donde se demandó la inconstitucionalidad de las expresiones “amos”, “criados” y “sirvientes del artículo 2349 del Código civil. Así las CCC determino que las locuciones contenían un lenguaje peyorativo que desconocían los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana. Por ello, las expresiones serían remplazadas bajo las expresiones “empleadores” y “trabajadores”, ajustando el enunciado normativo a la Constitución.

Otro ejemplo será el resuelto por la CCC en sentencia C-043 de 2017 donde se conoció de la demanda del art. 25 de la ley 1306 de 2009, enunciado donde se empleaba la expresión “discapacitado”. Al estudiar la norma la CCC considero 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 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 la expresión “de la persona en situación de discapacidad”. En el caso expuesto termina concluyendo al 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 esta□ 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.”¹³⁴⁶

3.3. La interpretación de los derechos individuales por parte de la Corte Constitucional Colombiana: decisiones progresistas o regresivas de los derechos.

3.3.3. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

La CCC a través de sentencia C-355 de 2006 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 en el entendido que no se incurre en una conducta punible cuando la interrupción voluntaria del embarazo se produce a consecuencia de tres situaciones

¹³⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-043 de 2017.

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; (3) cuando el embarazo es producto de la configuración de una conducta punible, debidamente denunciada.

A pesar de lo anterior, dentro del seno de la CCC se presentaron posteriores demandas a fin de despenalizar de manera plena el aborto, ello bajo el argumento de la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como también su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, la CCC en 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 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.”¹³⁴⁷

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 ideológica más que jurídica, más aún cuando el magistrado que definió la votación del asunto en cuestión 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 sorteara para que uno de los miembros de la lista de conjuces de la CCC dirima el asunto, de allí que la moneda 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.

Así las cosas, en el presente caso la justicia constitucional termina siendo reducida a un juego democrático de mayorías como ya lo ha mencionado WALDRON, lo que a su vez cercena de la voluntad constituyente de aspectos que son importantes que sean 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 hace necesario apelar al escenario de la mayoría democrática, ¿no sería mejor que fuera el pueblo a través de los procedimientos democráticos previamente establecidos quien definiera el asunto en cuestión?

Ahora entonces, valdrá señalar aun cuando se dio una decisión mayoritaria en el seno de la CCC, mediante sentencia T- 158 de 2023 el alto tribunal definió que no existe un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo antes de la semana veinticuatro (24) debido a que deberá definirse por parte del gobierno y el legislador una política pública en las que se determinen las condiciones de acceso al derecho. Esto en palabras, más o menos 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.

¹³⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-055 de 2022.

3.3.4. 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 que en un primer momento posibilitó 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 sentencia C-239 de 1997 declaró la condicionalidad de la norma demandada siempre que se tratara de una enfermedad terminal y existiera plena voluntad del sujeto pasivo del delito, además condicionando a que la conducta fuese realizada por un profesional de la salud.¹³⁴⁸

Con posterioridad, a través de acción de Tutela la CCC conocería del caso de una mujer que dadas las condiciones del sistema de salud se le impedía su 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 están dadas las condiciones para proferir un nuevo pronunciamiento judicial y negar el carácter de cosa juzgada. Así las cosas, en 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 segundo. Por esta razón, para el alto tribunal el derecho a morir dignamente no solo puede estar condicionado al padecimiento de una enfermedad terminal, en tanto existen situaciones en las que no se da una enfermedad terminal, si se da una afectación a la vida digan que puede resultar ser desproporcional:

“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

¹³⁴⁸ 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.

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.”¹³⁴⁹

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.”¹³⁵⁰

C- 233 de 2021, C- 239 de 1997

3.3.5. 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 la institución. Inicialmente la CCC conocerá de una demanda en contra de la Ley 54 de 1990 en su artículo 1 en la que a juicio del demandante la norma es inconstitucional por vulnerar los derechos de las parejas homosexuales, en tanto establece que una unión marital de hecho se encuentra formado por un hombre y una mujer. No obstante, para la CCC la norma es exequible en tanto establece condiciones de igualdad para las mujeres en una sociedad patriarcal, señalando como frente a la unión de parejas homosexuales le corresponde al legislador definir dicha situación jurídica.

¹³⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-233 de 2021.

¹³⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-233 de 2021.

En un segundo momento, la CCC fijará un precedente de amplio impacto, donde mediante 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 es vulneradora del derecho a la igualdad y a la familia. Al respecto se señaló:

“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.”¹³⁵¹

Por otra parte, mediante sentencia C-336 de 2008 la CCC señalaría que el régimen de seguridad social vigente a la época resultaba ser discriminatorio a la luz a la Constitución de 1991, haciendo necesaria la declaración de exequibilidad condicionada de la norma a fin de incluir como beneficiarios del régimen a parejas del mismo sexo.

Del mismo modo, en sentencia C-577 de 2011 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 emitirá una providencia que sería regresiva respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, en tanto en sentencia SU-617 de 2014 indicaría como las parejas del mismo sexo 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 entonces, en 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 como a su vez la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, después de múltiples negativas jurisprudenciales la CCC en sentencia SU-214 de 2016 indicara el derecho que tienen las parejas homosexuales de contraer matrimonio a la luz del derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personal y el concepto de familia emitido por el constituyente.

¹³⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 075 de 2007.

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 disposiciones constitucionales. Así las cosas, el debate en torno al concepto de familia ha sido frecuente en los estrados judiciales pero 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, podrá 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 guiara el resultado hermenéutico. Por esto desde un punto de vista político el constituyente del 91 pareciera haber anclado el sistema constitucional en manos de los jueces debido al amplio margen de libertad interpretativa con que gozan cuando estudian la constitucionalidad de un enunciado normativo, permitiendo la adaptación de las disposiciones constitucionales a la realidad, pero además también la mutación de disposiciones infra constitucionales 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 hemos destacado dicho dinamismo no siempre resulta ser amplificador de los derechos constitucionales consagrados por el constituyente, por cuanto del resultado interpretativo se pueden obtener 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, puede traer consigo la vulneración de las disposiciones constitucionales establecidas por el constituyente, minimizando su margen de acción y obstaculizando su efectividad. Es por ello, que 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. Pero, además la visión en clave del NCL exige una amplificación de los derechos constitucionales con especiales condiciones emancipatorias y transformadoras de la realidad social, constituyéndose las interpretaciones regresivas en afectaciones a la ontología misma del poder constituyente y haciendo ilegítimo el cambio constitucional por la vía informal, pero además haciendo ilegítimo los cambios de la legislación vía interpretación. Esto presenta una visión formal, pero a su vez material del poder constituyente y 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, encierra la posibilidad de que la mutación o cambios de la norma constitucional sirva para avalar la constitucionalidad de una norma infra constitucional o a su vez sirva para declarar su inconstitucionalidad. Del mismo modo, la posibilidad de cambio de las normas infra constitucionales vía interpretación 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 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, desconociendo este elemento con un pilar del NCL como teoría del constitucionalismo democrático que amplía los escenarios de toma de decisiones por las vías mayormente democráticas. Así se pondrá de presente la ilegítima restricción de las consultas populares para la defensa del medio ambiente y la restricción de derechos políticos por parte de una autoridad administrativa como lo es la Procuraduría General de la Nación.

3.4.3. 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 actividades minero-energéticas ocasiono un movimiento democrático en aras de prohibir este tipo de actividades en el territorio colombiano. No obstante, las protestas y movilizaciones no tuvieron eco en los poderes constituidos para prohibir este tipo de actividades, lo que genero que el pueblo acudiera a mecanismos de participación popular para la prohibición de dichas actividades en Colombia, siendo la consulta popular el mecanismo usado por el pueblo para su prohibición.

La consulta como mecanismo de participación ciudadana fue consagrado por el constituyente de 1991 en el artículo 103 constitucional siendo 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.¹³⁵² Así las consultas populares tendrán diferentes alcances según la competencia atribuida a determinada entidad territorial,¹³⁵³ teniendo unos requisitos respecto de su activación, posterior trámite y decisión.¹³⁵⁴ 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 continuados son relegados por la voluntad popular.¹³⁵⁵

Así las cosas, en un inicio el debate frente a la procedencia de las de la consulta popular para la prohibición de las actividades mineras se centró por parte de la Corte Constitucional en la competencia que tenían las entidades territoriales para regular el uso del suelo y subsuelo, atribuyéndose una estrecha relación con el medio ambiente y el reparto de competencias entre la nación y las entidades territoriales. En un inicio se contemplará la posibilidad de que los municipios puedan prohibir este tipo de actividades vía consulta popular. Así las cosas, el máximo tribunal constitucional colombiano en sentencia T-445 de 2016 desarrollará varias

¹³⁵² Ley 134 de 1994, art. 8.

¹³⁵³ “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.”, Ley 134 de 1994.

¹³⁵⁴ Puede verse Ley 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”.

¹³⁵⁵ “Artículo 56.- *Efectos de consulta.* Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el Concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.” Ley 134 de 1994.

vías interpretativas para que el pueblo a través de la consulta popular pueda decidir sobre este tipo de discusiones 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 se debe tener en la organización, uso y desarrollo. No se puede olvidar como 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 hace énfasis que en Colombia no se contempla un derecho al medio ambiente, sino este será un bien constitucionalmente protegido, por lo que su protección no podrá plantearse de forma directa ante el juez constitucional.¹³⁵⁶

Desde la noción de poder constituyente como poder absoluto e ilimitado que se transforma normativamente a través del principio de soberanía popular, señala la CCC como la Constitución y la legislación permiten ejercicios de justicia ambiental, siendo un mandato del constituyente entregar participación a las comunidades que se podrían ver afectadas por los efectos nocivos de la minera. 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 debido a su bajo nivel de escolaridad que le impiden acceder en condiciones de igualdad a escenarios de toma decisiones.¹³⁵⁷

La CCC decidirá entonces que a raíz del principio de autonomía territorial y 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.¹³⁵⁸

¹³⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-445 de 2016.

¹³⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-445 de 2016.

¹³⁵⁸ *Ídem*.

Es 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 en un verdadero poder político que legitima el accionar de las actuaciones de los poderes públicos mediante la formula del poder constituyente enlazada con un ejercicio de justicia ambiental.¹³⁵⁹

No olvidemos que en el caso colombiano, la propia ontología del poder constituyente previo múltiples mecanismos de participación ciudadana que contraria la noción clásica de soberanía popular que se concreta en una concepción representativa de la Constitución política de 1886. Al respecto conviene citar lo dicho por la Corte Constitucional 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”¹³⁶⁰

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 el medio ambiente, constituyendo dos reglas jurisprudenciales: (1) cualquier ejercicio de justicia ambiental implica participación de los ciudadanos que pueden verse afectados por la ejecución de la actividad empresarial. (2) la 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 interés general.

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, como la

¹³⁵⁹ *Ídem.*

¹³⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-624 de 2013.

expansión de las competencias de los tribunales constitucionales en el establecimiento de políticas públicas, el alcance de los derechos constitucionales y los límites a los poderes públicos que desembocarían en la resolución de las controversias que definen toda una comunidad política.¹³⁶¹ Así las cosas, se genera de manera antidemocrática una reglamentación de los procesos sociales emancipadoras 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 como los asuntos relativos a la regulación del suelo y subsuelo en Colombia corresponde a los municipios teniendo 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 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 a los usos 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; (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,¹³⁶² lo que haría nugatoria la decisión popular de naturaleza local en aras de prohibir actividades mineras. Entre tanto los recursos provenientes del subsuelo se tratan de recursos que pertenecen a toda la nación y, en consecuencia, el

¹³⁶¹ CONTRERAS, (2018). “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y Origen”, *Revista de derecho público*, número especial, pp. 376- 377.

¹³⁶² “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.”, Ver en CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-095 de 2018.

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 señalara 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.”¹³⁶³

Así mismo, destaca el alto tribunal en esta sentencia como 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 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.”¹³⁶⁴

¹³⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-095 de 2018.

¹³⁶⁴ 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, de 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.”¹³⁶⁵

En todo caso, la CCC identificará un déficit de protección en la participación ciudadana y 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 podemos ver que se da una verdadera mutación constitucional del artículo 313 de la Constitución donde se le confiere explícitamente a los municipios la capacidad de regular sus usos del suelo y subsuelo, generando a su vez una vulneración al principio democrático y al principio de soberanía popular, coartando 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, como aquellos argumentos que son propios de la motivación de los jueces; y una externa, como aquellas que están fuera de la motivación.

Desde un punto de vista interno la decisión de la CCC no respeta el sistema del precedente instaurado por ella misma, dado que desconoce las reglas fijadas por la corporación para el cambio de línea jurisprudencial, traduciéndose en una vulneración a los derechos fundamentales y constitucionales de los ciudadanos sobre los que se presentan afectaciones por las actividades minero-energéticas. Así mismo, el cambio jurisprudencial representa una mutación constitucional en cabeza del poder judicial, dado que altera las condiciones de la soberanía, entre tanto desconoce la naturaleza ontológica del poder constituyente como actor

¹³⁶⁵ *Ibid.*

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 señala como para el año 2017 se presentaron cambios en las “mayorías” de la CCC debido a la finalización de los periodos constitucionales de 4 magistrados y la elección de unos 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 vulnera el principio de cosa juzgada, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.¹³⁶⁶

Ya en el caso en 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 como algunos de los nuevos magistrados que harían parte de la decisión SU-095 de 2018 vendrían 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.¹³⁶⁷

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

¹³⁶⁶ BENAVIDEZ, C. (2021). “¿Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia”, *op. cit.*, (112), pp. 301- 302

¹³⁶⁷ WALDRON, (2005) *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 217-221.

última palabra sobre los puntos oscuros del texto normativo; y (2) el debilitamiento de la democracia a raíz de la imposibilidad del pueblo para decidir sobre los asuntos que se conciernen.¹³⁶⁸

3.4.4. El No al plebiscito por la paz: ¿la voluntad del constituyente relegada?

A pesar de que constitucionalmente pudiese 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, el cual implicaba múltiples modificaciones al texto de la Constitución se hizo necesario legitimar los mismos por la voluntad popular. Sin embargo, el grado de acatamiento de la decisión a través de la figura del plebiscito debilitó la capacidad de decisión del poder constituyente. En todo caso, los resultados del mecanismo democrático fueron adversos al gobierno y a la aceptación/legitimación de los acuerdos de paz con el grupo guerrillero.

De esta forma, SIMBAQUEVA 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 sentencia C-630 de 201 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.¹³⁶⁹

Como bien indica LOEWENSTEIN los mecanismos plebiscitarios terminan siendo medios de control del poder político que deben ser respetados como expresión del poder constituyente, tratándose de un ejercicio horizontal a los poderes constituidos en tanto que la voluntad popular se articula a estos.¹³⁷⁰ No obstante, en Colombia los poderes constituidos fueron renuentes a la decisión, alterando y desconociendo el principio de soberanía popular.

Me parece importante señalar como para MARTÍNEZ el calado de las modificaciones que traía la aprobación de los acuerdos de paz debía tramitarse bajo un proceso constituyente, en

¹³⁶⁸ BENAVIDEZ, C. (2021). “¿Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia”, *op. cit.*, pp. 303- 304.

¹³⁶⁹ SIMBAQUEVA, J. (2015). “Plebiscito por la paz herramienta de legitimación jurídica”, Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, pp. 3-10.

¹³⁷⁰ LOEWENSTEIN, K. (1979). “Teoría de la Constitución”, Ariel, México, p. 327.

tanto que el texto del acuerdo conlleva múltiples modificaciones al texto constitucional. Del mismo modo se trató de un proceso a espaldas de la ciudadanía¹³⁷¹

3.4.5. **La limitación de derechos políticos por parte de autoridades administrativas: el caso Petro Urrego vs Colombia.**

El caso Petro Urrego vs Colombia se enmarca dentro de un supuesto fáctico de índole sancionatoria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación en contra del ex alcalde 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 ex alcalde solicitaría medidas cautelares ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos a 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.¹³⁷²

Ahora 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 restringiendo sus derechos.¹³⁷³

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

¹³⁷¹ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2017). Derecho a la paz y constitucionalismo [Video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=W9yi2Taygao&t=7509s>

¹³⁷² 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.

¹³⁷³ CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO, sentencia del 15 de noviembre de 2017.

resulta ser contraria a los 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 contraria a las normas de derechos 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 la Convención los jueces colombianos han tenidos tres criterios interpretativos en el caso en cuestión: (1) un primer criterio de carácter restrictivo desarrollado en las sentencias C-551 de 2003 y la sentencia C-541 de 2010 donde la inhabilidad de un servidor público elegido democráticamente solo puede darse por condena de juez penal competente, entendiendo que las normas del derecho interno deberán ser armonizadas a las normas de derecho internacional a fin de garantizar el principio de *pacta sunt servanda*. De manera, que cuando existan dos interpretaciones contradictorias deberá preferirse aquella que mejor armonice con el derecho internacional de los derechos humanos y al principio pro hominem.

Un segundo criterio interpretativo denominado integrador 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 al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos humanos, siempre que la sanción tenga como fundamentos actos de corrupción. Por ello se trata un criterio de naturaleza sistemática y teleológica de las normas de derechos 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,¹³⁷⁴

¹³⁷⁴ VELANDIA señala como el único interprete auténtico 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. En VELANDIA, 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], p. 104

desconociendo la hermenéutica prevalente de la Corte Interamericana de derechos humanos frente al derecho convencional.¹³⁷⁵ 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 preciso□ 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 artículo 23 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.”¹³⁷⁶

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 las sanciones penales y las sanciones disciplinarias, siempre que se respete el derecho al debido proceso. Esta tesis privilegia la aplicación de las normas constitucionales sobre las de derechos internacional de los derechos Humanos.¹³⁷⁷

¹³⁷⁵ LEÓN, J, SIERRA, J y TORRES, A. (2021). *Inconvencionalidad de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para restringir derechos políticos*. [Tesis de Pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]

¹³⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, sentencia número interno 1131-2014.

¹³⁷⁷ 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

Contrario a la tesis dominante de la CCC que permite la restricción de derechos políticos por parte de autoridades administrativas, en el caso en específico el Consejo de Estado anulo la decisión de la Procuraduría General de la Nación por las siguientes razones: (1) el órgano de control vulnero 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; (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, en tanto las facultades de restringir derechos políticos de un funcionario público no solo afecta los derechos individuales del servidor público sino además de sus electores como poder constituyente. Se acude a un elemento histórico para la protección de los derechos humanos, dado que entiende el Consejo de Estado que según las circunstancias históricas que rodearon la creación del texto convencional, la misma se dio a fin de garantizar el principio democrático dados los periodos de totalitarismo y gobierno dictatoriales, evitando que las autoridades administrativas pudieran hacer uso de sus poderes para eliminar políticamente a sus contradictores y opositores. Esto a su vez llevo a que se estableciera únicamente 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.”¹³⁷⁸

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.” CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-712 de 2013.

¹³⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, 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.¹³⁷⁹

No obstante, esta tesis sería contradictoria de lo señalado inicialmente por la CCC, en tanto en acción pública de inconstitucionalidad se demandaría varios apartados del ordenamiento administrativo disciplinario dada su flagrante contradicción con la Convención Americana de derechos Humanos. No obstante, 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 consagrado 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.¹³⁸⁰

¹³⁷⁹ “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 tenía 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 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.”, en CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, sentencia número interno 1131-2014.

¹³⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 400 de 2014 y CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU- 712 de 2013

Ahora véase como con posterioridad a la decisión adoptada por el Consejo de Estado, la CCC señalaría en 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 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.”¹³⁸¹

Del mismo modo, una interpretación sistemática del artículo 23.2 de la Convención con otras normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, concluye 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

¹³⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-111 de 2019.

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.”¹³⁸²

Con posterioridad, la CCC reiterara la diferencia entre enunciado normativo y norma jurídica para explicar el sentido de la interpretación constitucional y como las técnicas de interpretación constitucional permiten otorgar determinado significado a un enunciado normativo del cual subyace la norma constitucional,¹³⁸³ dándose una superación de la teoría de los casos fáciles y difíciles como supuestos que hacen o no necesaria la interpretación de los jueces. Esto explica como 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, sin embargo, 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.¹³⁸⁴

Ahora bien, dentro de las sentencias dominantes por parte de la CCC se presentan incluso diferencias interpretativas dentro de 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 ser proporcionales, en tanto contemplan un fin consagrado

¹³⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-111 de 2019.

¹³⁸³ 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 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.”, en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-325 de 2021.

¹³⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-325 de 2021

por el constituyente y permiten la posibilidad de ser recurridas en sede judicial. No obstante, por ejemplo, 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. Así mismo 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.¹³⁸⁵

Es con todo que inclusive 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. Acogiéndose la posición interpretativa más invasiva del principio demoradito y de separación de poderes, el principio de imparcialidad y pluralismo político.

En el panorama internacional, la Corte Interamericana de derechos Humanos analizara la compatibilidad de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política de 1991 como las normas infraconstitucionales que regulan las competencias

¹³⁸⁵ 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 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.”

sancionatorias en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Así las cosas, para la Corte Interamericana los artículos 277 y 278 de la Constitución colombiana resultan ser 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 que el artículo 277 deba ser compatibilizada 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 medie condena por juez penal.¹³⁸⁶ 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 al derecho convencional, entre tanto dichas restricciones solo son posibles ser dictadas por una autoridad judicial de carácter penal.¹³⁸⁷

Ahora bien, frente a las normas infraconstitucionales como los artículos 44 y 45 de la Ley 734 de 2003, estos si resultan incompatibles en tanto el mandato convencional impone que solo un juez penal puede suspender, inhabilitar o destituir funcionarios públicos elegidos

¹³⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Petro Urrego vs Colombia.

¹³⁸⁷ “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 conducta 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.”

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.”¹³⁸⁸

En el presente trabajo dada la temática a abordar no analizaremos los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la garantía del debido proceso de la actuación administrativa que restringe derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos democráticamente. Sin embargo, si hace énfasis el tribunal internacional en como 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 inconventional por lo dispuesto en el artículo 23, sino que 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 humano, integrándose conforme la noción de bloque de constitucionalidad.¹³⁸⁹

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 integración entre derecho interno y derecho

¹³⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Petro Urrego vs Colombia.

¹³⁸⁹ BREWER-CARIAS, A. (2017). “Derecho administrativo y control de convencionalidad”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, 67 (268), p. 142.,

internacional, superando las visiones monistas del derecho internación y acogiendo una visión de complementariedad que permite la amplificación de los derechos de los ciudadanos.¹³⁹⁰

A pesar de lo señalado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, el Estado Colombiano y la CCC han sido renuentes a dar aplicación a la jurisprudencia 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 e la Convención. Esto denota que no siempre la interpretación literal de las normas sea la menos garantista de los derechos de las personas y, que por el contrario, en muchas ocasiones lo que permite es una garantía misma a los derechos que evitan la arbitrariedad y discrecionalidad de los jueces.

En esta resolución, la Corte Interamericana recuerda que las potestades sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación no son inconvencionales a *prima facie*, sino que las mismas serán inconvencionales, cuando se trata de funcionarios públicos elegidos democráticamente y las mismas implican una restricción de derechos políticos. Por ello a pesar de que el Estado Colombiano intentara adaptar el procedimiento administrativo sancionatorio al art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la posibilidad de que el órgano de control tenga la posibilidad de 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 art. 23 de la Convención Americana. Empero, la CCC si ha continuado esgrimiendo un criterio de interpretación sistemático para dar continuidad a las facultades sancionatorias de la Procuraduría, entendiendo la necesidad de adecuación del art. 23 a otras normas internacionales.

¹³⁹⁰ CABRERA, L. (2014). “El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia”, DIXI, 16 (19), p. 56.

Con todo, las reformas propuestas por el Estado colombiano, ello es, la adecuación del ordenamiento disciplinario al principio de jurisdiccionalidad es incompatible con la lectura literal del art. 23 de la Convención Americana 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 que incumplimiento ante las disposiciones internacionales.

Podríamos sintetizar sobre 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 la noción de bloque de constitucionalidad:

Interpretación del artículo 23.2 de la CADH			
<i>órgano jurisdiccional</i>	<i>ideología</i>	<i>técnica</i>	<i>resultado</i>
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 teleología	regresivo

Tabla 18. 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 literalista, teleológicos e históricos 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 teniendo un resultado mayormente restrictivo de los derechos de los ciudadanos.

Del anterior ejercicio interpretativo se puede señalar como no siempre la ideología de la Constitución viva es aquella que obtiene un resultado interpretativo más progresista o amplificador de los derechos constitucionales. Asimismo, como la aplicación del método

sistemático implique la inexistencia de reglas de preferencia, en tanto se busca conciliar de cualquier forma enunciados normativos a prima facie contradictorios. Mientras que la aplicación de los métodos literal, teleológico e histórico si genera reglas de preferencia de una interpretación sobre otra. Finalmente, se puede observar como 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 el resultado estaría guiado hacia lo expuesto por la Corte Interamericana de derechos humanos y el Consejo de Estado.

En todo caso, podría plantearse como 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, esto como una base ontológica del mismo poder constituyente como poder emancipador y transformador de la realidad social.

Podemos ver como 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 que puede traer consigo efectos regresivos en materia de derechos.

3.5. Recapitulación.

Revisados los conceptos de ideología, métodos y resultados interpretativos se puede observar que el constituyente tiene un papel central en asegurar la aplicación de los contenidos constitucional como obra de su ejercicio como poder soberano. De este modo, el constituyente adopta una ideología propia de la interpretación que se sustenta en la aplicación de determinados métodos de interpretación que se dirigen la ideología del interprete, constituyéndose en verdaderos límites a la función hermenéutica del interprete. 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 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, siendo la interpretación originalista 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 y el principio democrático y de separación de poderes.

Además de los métodos escogidos por el constituyente, otro factor que determinará la ideología de la interpretación del juez constitucional estará predispuesta 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 de estos, guiando el proceso interpretativo del intérprete hacia el resultado querido por el constituyente.

Ahora bien, el modelo colombiano, ausente de métodos interpretativos por parte del constituyente, ha posibilitado que sea el mismo tribunal constitucional quien haya erigido sus 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 vía informal de las normas constitucionales como *infra constitucionales*.

Así las cosas, a pesar de que haya atribuido a la ideología de la Constitución viva un papel activista de índole progresivo, en la práctica tal tesis no resulta ser cierta, debido a los resultados regresivos en materia de derechos. Por esto en los dos casos estudios, tanto en la posibilidad de las consultas populares como mecanismo para la defensa del territorio como la restricción de derechos políticos, la CCC escogió los criterios hermenéuticos más restrictivos en materia de derechos políticos y de participación para 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 a su vez también restringirlos, en tanto la libertad procedimental del intérprete estará guiada hacia un determinado resultado.

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 de elementos que impidan la subversión del pueblo como poder soberano y, por el contrario, se establezcan límites a las competencias de los órganos constituidos entre ellos, los tribunales constitucionales. Es así como en el siguiente capítulo se abordaran algunos límites a la interpretación constitucional expuestos por la doctrina como a su vez, una propuesta guiada por el establecimiento de cánones, directrices o criterios de interpretación para el intérprete; No obstante, se abordara 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 teoría algunas ideas del constitucionalismo popular, entendiendo la necesidad de que el pueblo sea integrado como intérprete de la Constitución.

No olvidemos como 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, ello 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 que externamente, se buscara controlar el monopolio interpretativo de los jueces teniendo como sustento algunos postulados del constitucionalismo popular, teniendo como propuesta la reformulación 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, hablándose de tesis en favor de los jueces y tesis en favor del pueblo o el parlamento. De este modo, la cuestión sobre el intérprete de la Constitución encierra la discusión misma entorno a la objeción democrática del control de

constitucionalidad, siendo la tesis que privilegian al juez como intérprete de la Constitución un modelo más cercano a una democracia sustancial y aquellas tesis que defienden el papel del pueblo como intérprete auténtico un modelo más cercano a una democracia procedimental.

En todo caso, los desacuerdos en torno al intérprete de la Constitución conlleva en sí mismo un problema de autoridad, en tanto que una teoría de la autoridad deberá establecer previamente el encargado de decidir determinados asuntos según la competencia entregada por el soberano.¹³⁹¹ Lejos se está de superar el clásico debate entre KELSEN y SCHMITT por quien debe ser el intérprete de la Constitución,¹³⁹² más aún cuando en un modelo como el del NCL se encuentran elementos que a prima facie parecerían contradictorios como lo es la apuesta por la garantía jurisdiccional de la Constitución, pero 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; (6) la garantía de la democracia constitucional y el límite a los demás poderes públicos.¹³⁹³

Por otra parte, las tesis en favor del pueblo o el parlamento buscan conectar la interpretación de la Constitución al poder soberano, revalidando el papel de 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

¹³⁹¹ GAVIRIA, J. (2017). *Inclusión política y gobierno democrático: el problema de la legitimidad del control de constitucionalidad*. [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid], pp. 108-114.

¹³⁹² Véase DONCEL, J y CAMISÓN, J. (2011). “La polémica Kelsen- Schmitt sobre quien debe ser el defensor de la Constitución”, en *Annuario de la Facultad de derecho*, 29, pp. 129 y ss.

¹³⁹³ CARRILLO, Y y CARRILLO, A. (2021). “Problemas, modelos y métodos de la interpretación constitucional”, en *Saber, ciencia y libertad*, 17 (1), pp. 25- 26

al autogobierno por parte del pueblo, apostando a formulas aristocráticas que evitan los ejercicios democráticos; (6) la necesidad de brindar mayores niveles de participación democrática en la toma de decisiones.¹³⁹⁴

El caso colombiano esta guiado más 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, sin embargo, realizando una interpretación jurídica y no política de la Constitución.¹³⁹⁵ Es como la existencia de límites a la interpretación permite que se den criterios objetivos que tienen una connotación correctiva que imposibilita una postura escéptica sobre la interpretación, véase como cuando el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria al texto político, tiene como referente un criterio externo y objetivo.¹³⁹⁶

Bien indica GAVIRIA como los procedimientos más democráticos para la toma de decisiones colectivas resultan ser el momento de creación constitucional, el momento de la reforma y en los momentos de precisión de los derechos constitucionales.¹³⁹⁷ Es claro como el control de constitucionalidad es importante para la defensa de la Constitución y los derechos que en ella se plasman, sin embargo, lo que no puede aceptarse es que esta sea la última palabra en el ámbito constitucional.

Un modelo de interpretación acorde al 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 verdadero órgano que define los sentidos de la Constitución de manera transitoria hasta tanto el pueblo no adopte otro significado, pero además cuya interpretación esta 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. Por eso 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

¹³⁹⁴ *Ibid.*, pp. 26- 28.

¹³⁹⁵ *Ídem*; Se reitera lo dicho en el capítulo primero en el entendido que la interpretación realizada por los tribunales constitucionales es una interpretación jurídica, aunque con especiales componentes políticos.

¹³⁹⁶ BENÍTEZ, V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia.*, editorial Temis, Bogotá, p. 31

¹³⁹⁷ GAVIRIA, J. *Inclusión política y gobierno democrático: el problema de la legitimidad del control de constitucionalidad.* op, cit, pp. 114-116.

podiese 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 que realizan los tribunales constitucionales. Por ello, aun cuando la noción misma de poder constituyente encierra 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 a fin de definir el sentido que se le quisiera 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 a su vez de elementos internos al procedimiento o actividad interpretativa del juez constitucional.

La idea de generar controles a la interpretación constitucional partirá de elementos internos propios de la decisión judicial como elementos externos a estos a 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, resaltando que en todo caso se trata de límites tanto explícitos por ser parte del mismo texto como límites implícitos o tácitos que paradójicamente se construyen a partir de la interpretación constitucional, pero en algunos casos se han tomado elementos extrajurídicos para su fundamentación. Así las cosas, se explorarán las tesis planteadas por BALAGUER, QUIROGA, CANOSA, FRANCO y STORINI en aras de encontrar elementos comunes que permitan delinear una tesis que permita delinear los límites a la interpretación de la Constitución desde una perspectiva democrática.

4.2.1. Límites funcionales y de competencia a la interpretación constitucional: BALAGUER.

Para BALGUER, se hace necesario establecer límites a la función judicial, en tanto que en múltiples ocasiones los jueces pueden actuar por fuera de las normas constitucionales o legales, convirtiéndose en una decisión extrajudicial. De allí que se diferencia, la aplicación de la norma a 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 fuente dispone como primer límite a la Constitución, ya que es esta creación aquella que define las formas y reglas de creación de las normas jurídicas, y a su vez, dispone la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales.¹³⁹⁸

Bajo este panorama, BALAGUER dispone que los jueces no pueden crear derecho, ya que la misma Constitución señala las formas de creación normativa más aun cuando se tratan de cambios constitucionales, pero 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 un límite a su función jurisdiccional, manteniéndose la actividad interpretativa del juez 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, los jueces no podrán obtener un resultado interpretativo que sea contrario al tenor explícito del enunciado normativo. Ahora bien, lo que sí podrán realizar será una interpretación del enunciado conforme el contexto en que se aplica.¹³⁹⁹ En segundo lugar, 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.¹⁴⁰⁰ En tercer lugar, 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.¹⁴⁰¹ Finalmente y como cuarto mecanismo, establece la necesidad de adoptar una ideología de la interpretación originalista, en tanto señala que a *contrario sensu* las ideologías

¹³⁹⁸ BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios políticos y constitucionales. *op. cit.*, p. 175.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, p. 177.

¹⁴⁰⁰ *Idem.*

¹⁴⁰¹ *Idem.*

activistas o dinámicas promueven la eliminación de las diferencias que pudiesen surgir entre aplicación y creación judicial.¹⁴⁰²

4.2.2. Límites a la interpretación desde el cambio constitucional: QUIROGA.

QUIROGA parte de la idea de que una Constitución es un catálogo de enunciados normativos que no ofrecen verdaderas reglas y 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.”¹⁴⁰³

Desde esta perspectiva, la interpretación es un procedimiento de determinación y concretización de los enunciados normativos constitucionales conforme 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 podemos anotar como límites intra sistémicos:

“(…) los límites de la interpretación constitucional se encuentra allí donde no existe ningún mandato obligatorio de la Constitución, donde terminan las posibilidades de una comprensión

¹⁴⁰² *Ibid*, pp. 178-179.

¹⁴⁰³ QUIROGA, A. (1985). “La interpretación constitucional”, en *Derecho PUCP*, 39, pp. 330.

plena de sentido del texto de la norma o donde una solución entraría en clara contradicción con dicho texto.”¹⁴⁰⁴

Del mismo modo, el intérprete se encuentra limitado a 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. Así las cosas, el texto de la Constitución representa un límite a los múltiples resultados interpretativos a los que pueda llegar el juez en un ejercicio hermenéutico, delimitando los resultados de la actividad interpretativa.¹⁴⁰⁵

Ahora bien, que la interpretación sea un proceso de determinación de la norma implica que no solo los jueces puedan determinar la misma, sino que otros órganos puedan realizar tal actividad.¹⁴⁰⁶ 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 de sus normas por ser creaciones fruto del procedimiento democrático.¹⁴⁰⁷ 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.¹⁴⁰⁸

4.2.3. Límites a la interpretación desde la formula política: CANOSA.

CANOSA señala como la interpretación de la Constitución es una actividad dirigida a satisfacer los rasgos esenciales de la formula política adoptada por el constituyente. Es por esto que cada formula política establece elementos esenciales y definitorias para el Estado los cuales el juez constitucional debe desentrañar a fin de propugnar por la mejor interpretación posible.¹⁴⁰⁹

De este modo, la fórmula política encierra unos presupuestos ideológicos, estructurales y materiales que se integran a los demás enunciados constitucionales para fungir como

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 338.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, pp. 338- 339.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 341- 342.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 342.

¹⁴⁰⁸ *Ídem.*

¹⁴⁰⁹ CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 66.

verdaderos cánones de interpretación.¹⁴¹⁰ Por ello, para CANOSA es la fórmula política aquella que da eficacia a la Constitución, sirviendo como parámetro de validez no solo de las normas infra constitucionales, sino además de los resultados interpretativos a que llega el juez constitucional, limitando al operador jurídico a adoptar aquella decisión o resultado más acorde a los principios intrínsecos de la formula política.¹⁴¹¹ 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 esta 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.”¹⁴¹²

En todo caso, para el autor se hace énfasis que la ausencia de métodos de interpretación puede con llevar 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, lo anterior bajo una ideología evolutiva de la interpretación.¹⁴¹³ Esto puede implicar que la usurpación de funciones por parte de los tribunales constitucionales conviertan en inactiva la Constitución como obra del poder constituyente, transformándose el 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.¹⁴¹⁴

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, siendo un poder constituido; (2) las cláusulas pétreas; (3) el acatamiento a la Constitución material.¹⁴¹⁵

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴¹¹ *Ibid.* p. 66.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 67.

¹⁴¹³ *Ibid.*, pp. 95- 96.

¹⁴¹⁴ *Idem.*

¹⁴¹⁵ CARPIZO, J. (2009). *El tribunal constitucional y sus límites*, Grijley, p. 66

Sobre los controles a los tribunales constitucionales señala que los mismos diseños institucionales deben permitir controlar a los tribunales constitucionales tanto de su exacerbado poder como además de la intromisión de otros poderes. Sin embargo, también puede darse controles metaconstitucionales. Sobre el primero de ellos se indica que el tribunal constitucional se puede ver sometidos a controles de tribunales supranacionales; la opinión pública; mientras que controles que pueden disponer la misma constitución se puede disponer el mecanismo de reforma para superar una sentencia del mismo tribunal constitucional o una interpretación de la misma; la posibilidad de modificar la estructura del tribunal constitucional; Pero además se puede disponer de controles por parte de los poderes constituidos, como lo puede ser el juicio de responsabilidad política donde los integrantes del tribunal respondan por las interpretaciones por fuera del texto constitucional, esto a través de un órgano constituido pero con mayor legitimidad democrática; el segundo de los casos el nombramiento de magistrados según la ideología política.¹⁴¹⁶

4.2.4. Los límites desde la noción de poder constituyente: FRANCO.

FRANCO 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; (3) el respeto a la función normativa creativa.

Respecto del alcance del objeto interpretado, se señala que los límites a la interpretación constitucional se encuentren inicialmente en el mismo enunciado normativo, entendiendo que se da un desbordamiento del alcance dado por el constituyente cuando el juez da un efecto diferente al propuesto por la autoridad normativa al enunciado normativo, todo ello a partir de una significación lingüística.¹⁴¹⁷

En segunda medida, se tiene como límites de aquellas condiciones que derivan de un adecuado ejercicio de la función judicial que permita la garantía del debido proceso, haciendo 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.¹⁴¹⁸

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 69- 76

¹⁴¹⁷ FRANCO, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente. Estudio de la jurisprudencia constitucional colombiana*, op, cit, p. 9.

¹⁴¹⁸ *Idem.*

En tercera medida se propone como límite a la función judicial aquellos 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 en las decisiones judiciales como evitar yerros en las mismas. Así mismo, se pregona por criterios de auto restricción de la decisión judicial.¹⁴¹⁹

Finalmente, se establecen como límites de la función interpretativa aquellas competencias propias de la creación normativa, buscando diferenciar entre la actividad jurisdiccional de la actividad legislativa, evitando que los jueces creen derecho por vías que no son democráticas.¹⁴²⁰

Ahora bien, bajo ese entendido FRANCO 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 establecidas para ellas. 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 adecuar el ordenamiento jurídico a las necesidades de determinado momento sin romper la institucionalidad a través de los mecanismos de creación normativa establecida por el constituyente.¹⁴²¹ ALBERT, NAKASHIDZE y OLCAY señalan como 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.¹⁴²² Por esto, las reformas constitucionales son tratadas como un ejercicio de soberanía del poder constituyente que no pueden ser limitadas 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 los poderes constituidos,

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 10

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁴²² ALBERT, R, NAKASHIDZE, M y OLCAY, T. (2022). “La resistencia formalista a las reformas constitucionales inconstitucionales”, en *Dikaion*, 31 (1), pp. 15- 17.

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 a fin de modificar la Constitución, ello conlleva que se deba respetar las reglas propias para el cambio constitucional.¹⁴²³

La noción revolucionaria señala que el poder constituyente por su misma naturaleza omnímoda e ilimitada no puede estar sometido a ningún tipo de control, por ello los mecanismos institucionales de carácter representativo contradicen en sí mismo 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:

“En tanto que su competencia consiste en manifestarse a través del rompimiento del sistema mediante la revolución, el juez constitucional tendría límite permitir o favorecer las evoluciones sustanciales de la carta política, mientras estas no se realicen mediante el quebrantamiento factico de las instituciones.”¹⁴²⁴

En tercer lugar, desde el carácter consuetudinario del poder constituyente que se manifiesta desde un carácter informal permite a los poderes constituidos actualizar la Constitución a través de prácticas interpretativas y la mutación constitucional. Por ello, será una obligación de juez actualizar la carta a las necesidades que la comunidad política advierta según los cambios sociales.¹⁴²⁵

Por último, la naturaleza valorativa del poder constituyente que 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. Así las cosas, estos criterios se convierten en referentes de validez para las decisiones que sean de competencia del poder soberano.¹⁴²⁶

¹⁴²³ *Ibid.*, pp. 37-41.

¹⁴²⁴ FRANCO, P. D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente. Estudio de la jurisprudencia constitucional colombiana*, op, cit, p. 29.

¹⁴²⁵ *Ídem.*

¹⁴²⁶ *Ídem.*

Ahora bien, según la idea que se tome de poder constituyente, la misma replicara 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 tendrá competencia para conocer de la constitucionalidad actos reformativos planteados por el constituyente, véase como 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 2018,¹⁴²⁷ 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.¹⁴²⁸

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 concretados,¹⁴²⁹ 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,¹⁴³⁰ acogiendo una ideología de la interpretación de carácter dinámico-evolutiva, entendiendo que el poder constituyente necesita de estos mecanismos para actualizar el texto constitucional, por eso 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.¹⁴³¹ Con todo, lo expuesto por FRANCO denota

¹⁴²⁷ “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. Así, el artículo 50 de la Ley 134 de 1994 establece que no se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución. Tal prohibición se establece para consultas del nivel nacional y por ello no es admisible pensar en una consulta popular del nivel territorial que vaya en contra vía de la Constitución, y que impida en forma absoluta la explotación del subsuelo y de RNNR, como actividad permitida por la Constitución Política de Colombia.”, en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-095 de 2018.

¹⁴²⁸ FRANCO, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente. Estudio de la jurisprudencia constitucional colombiana*, op, cit, p. 30.

¹⁴²⁹ *Ídem*.

¹⁴³⁰ *Ídem*.

¹⁴³¹ *Ídem*.

una postura donde los límites a la interpretación resultan ser dúctiles, ello 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 límite. Así, la elasticidad de ese concepto conlleva que la función de interpretar la Constitución sea igualmente elástica frente a su objeto y límites.”¹⁴³²

4.2.6. Los límites a la interpretación constitucional desde la teoría de las *political questions*, *self-restrain* y 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 que busca proteger los derechos constitucionales; (2) la doctrina de la cláusula de la eternidad que impide que determinados derechos o artículos constitucionales sean modificados, por ello del mismo modo existen norma que de igual manera podrán ser modificadas por vía interpretativa; (3) la doctrina de la *political questions*.

En primer lugar, la doctrina del *Self-Restrain* 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, impidiendo que las decisiones tomadas por cada uno de los de los poderes del Estado. De esta forma, esta doctrina implica que los tribunales no participen en política, en tanto que los espacios políticos se encuentran predispuestos por los mismos diseños institucionales. Ello, implica una auto restricción de los poderes constituidos para la configuración de la legislación.¹⁴³³ No obstante, esta doctrina carece de fuerza vinculante, quedando supeditada al subjetivismo de la labor judicial.¹⁴³⁴

Esta doctrina implica a su vez una autolimitación del activismo judicial a partir de la aplicación de las técnicas de interpretación constitucional a fin de impedir la usurpación de funciones de otros órganos estatales, fijándose como límite la imposibilidad de crear derecho u otras normas constitucionales. No obstante, una doctrina del *self-restrain* en el NCL debe

¹⁴³² *Idem*.

¹⁴³³ PORTOCARRERO, J. (2011). “El rol de los principios formales en la determinación del margen del control de constitucionalidad”, en *Revista Derecho del Estado*, 27, pp. 82- 84.

¹⁴³⁴ *Ibid*, p. 84.

estar dirigida a limitar la interpretación de los jueces constitucionales a fin de 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 la constitución, principio de respeto al pluralismo político como mecanismos de autolimitación. En segunda medida, las cláusulas de eternidad conllevan que sean enunciados normativos que no son susceptibles de ser modificados por ninguno de los poderes constituidos siendo un límite para su interpretación. Y 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 en tanto se trata de un poder encomendado a otro órgano, la carencia de procedimientos judiciales para su enjuiciamiento, la posibilidad de recurrir a elementos eminentemente políticos para su decisión; la decisión judicial puede implicar la ruptura en las competencias de otro órgano; la necesidad de buscar la refrendación judicial a una decisión política tomada; la posibilidad de generarse decisiones judiciales contradictorias entre sí.¹⁴³⁵ Es entonces como por sus efectos el juez también podrá estar limitado por su faceta como legislador negativo, acompañando una visión como la de HABERLE en la que los jueces le está vedado decidir sobre temas eminentemente políticos.¹⁴³⁶

Ahora bien, PORTOCARRERO presenta una distinción entre la teoría de las *political questions* y el *self restrain* en los siguientes términos: entre tanto 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.¹⁴³⁷

Desde un plano que favorezca la legitimidad democrática de las decisiones entorno a los significados de la Constitución, SIEYES muy tempranamente señaló como los tribunales constitucionales deben ser limitados en aras de impedir que estos reformen la Constitución y subviertan las disposiciones positivizadas por el constituyente.¹⁴³⁸

¹⁴³⁵ LANDA, C. (2003). *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Palestra editores, Lima, p. 703

¹⁴³⁶ HABERLE, P. (2012), "Funciones y significado de los tribunales constitucionales en perspectiva comparada y comentario a los 60 años del tribunal constitucional, en *Derecho constitucional europeo*, 17, p. 207- 208

¹⁴³⁷ PORTOCARRERO, J. (2011) "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad", en *op. cit.*, pp. 85- 86

¹⁴³⁸ SIEYES, E. (2007). *Escritos y discursos de la revolución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, p. 427

Del mismo modo, HERNANDEZ señala que los tribunales constitucionales se encuentran limitados a la estructura y 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.¹⁴³⁹

SAGÜES 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 lo que terminan por ser es revalidar una postura inconstitucional de estos. Mientras que, por otro lado, se podrá dar un Tribunal opositor que también puede impedir el buen desarrollo de las competencias constitucionales atribuidas a otros poderes. En este sentido, el juez constitucional debe ser un árbitro que modera las competencias de los poderes públicos a través de las disposiciones constitucionales.¹⁴⁴⁰

En el ámbito colombiano, VÉLEZ propone como límites a los tribunales constitucionales a fin de desarrollar en mayor medida el principio democrático: en primer lugar, el desarrollo de un constitucionalismo popular moderado, ubicar a la Corte Constitucional como un órgano autónomo e independiente de los demás poderes públicos; y un nuevo método de elección y nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional,¹⁴⁴¹ caracterizándose por ser una propuesta que promueve controles externos a la interpretación constitucional.

4.2.5. Los límites a la interpretación constitucional como cuestión de legitimidad: STORINI.

STORINI asocia los límites a la interpretación constitucional a partir de la legitimidad de los mismos 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 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

¹⁴³⁹ HERNÁNDEZ, R. (1993). “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista española de derecho constitucional*, 13 (37), p. 148

¹⁴⁴⁰ SAGÜES, N. (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*. Corte Constitucional, Bogotá, p. 59

¹⁴⁴¹ VÉLEZ, P. (2020). *Límites a la Corte Constitucional: una aproximación al constitucionalismo popular moderado*. [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás de Aquino]. pp.161-175.

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 objetivos de interpretación que vinculen la labor realizada por el tribunal constitucional”*.¹⁴⁴² Esto a su vez, conlleva que la interpretación constitucional como pieza incrustada en el control de constitucionalidad deba a su vez ser una actividad limitada por criterios objetivos que limiten al juez constitucional.

Así las cosas, para la autora los límites a la interpretación viene predispuesto 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 factivo”*.¹⁴⁴³ 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.¹⁴⁴⁴ Es decir, cualquier ejercicio de interpretación por parte de los tribunales constitucionales requieren límites, si no se trataría de una actividad interpretativa.

Del mismo modo, es menester ofrecer una distinción entre metodología y 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 segundo caso, se elige la mejor interpretación par así justificar a través de los métodos dicho resultado.”*¹⁴⁴⁵ 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.

4.2.6. 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 siempre seguir sus significaciones

¹⁴⁴² STORINI, C. (2021). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, en *Revista Direitos sociais e políticas públicas*, 9 (3), pp. 768- 769.

¹⁴⁴³ *Ibid*, p. 776

¹⁴⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 777.

ordinarias; mientras que, en un segundo momento, las competencias atribuidas por el constituyente se erigen como límites infranqueables de la decisión judicial, impidiendo que el juez constitucional tenga 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 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 constitucionales en donde privilegia el papel de los jueces por cuestiones técnicas de índole elitista; mientras que seguramente 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.¹⁴⁴⁶ En este sentido, un modelo garantista entiende la soberanía popular desde una dimensión negativa como positiva: negativamente es entendida como la imposibilidad de que otro poder pueda usurparla de las manos del pueblo; mientras que positivamente conlleva la idea de que los derechos constitucionales son fragmentos de soberanía que no pueden ser desconocidos por los poderes constituidos.¹⁴⁴⁷ No obstante, a pesar de compartir parcialmente algunas de estas ideas, no se puede perder de vista como el mismo ostenta 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 como una interpretación garantista puede integrar mecanismos de mayor participación democrática que permitan la articulación del pueblo en el desarrollo constitucional. Bien indica VICIANO como el NCL toma de las ideas garantistas la necesidad de que las lagunas y dificultades interpretativas sean resueltas vía mecanismos de participación ciudadanía, entendiendo que debe existir una sinergia entre

¹⁴⁴⁶ GAVIRIA, J. (2019). “Constitucionalismo garantista: democracia y soberanía popular sin el pueblo”, en *Revista Chilena de Derecho*, 46 (1), p. 170

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 170-171.

el poder constituyente y el poder constituido.¹⁴⁴⁸ Es como el poder constituido tiene una connotación garantista de los derechos, mientras que el poder constituyente tiene una capacidad dinamizadora, pero eventualmente puede retomar su capacidad de poder soberano para garantizar los derechos constitucionales previamente estipulados.¹⁴⁴⁹

Compartimos entonces la necesidad de contar con tribunales constitucionales que permitan la garantía de los derechos, pero así mismo se comparte la desconfianza por los métodos de interpretación utilizados por estos que terminan desconfigurando las garantías de la Constitución e incluso la voluntad popular plasmada en el texto. Una teoría como la de FERRAJOLI no critica el control de constitucionalidad, sino los métodos interpretativos como peligros que pueden tener la falta de nitidez del lenguaje jurídico, siendo la Constitución un texto en el que la claridad y especificidad del lenguaje no es un valor.¹⁴⁵⁰

Del mismo modo, el NCL se define como una superación de la democracia procedimental, buscando la participación del mayor número de personas contrariando el modelo democrático de la representatividad, teniendo un especial componente emancipador.¹⁴⁵¹ 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 mecanismo 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, siendo deber del intérprete sustituto velar por la integridad del texto constitucional, sirviendo como guardián de la Constitución, pero sin asumir la calidad de constituyente. Por otra parte, la capacidad interpretativa del poder constituyente es asegurada a partir de una amplia gama de mecanismos de participación popular que permita redefinir los sentidos de la Constitución de la manera más democrática posible.

¹⁴⁴⁸ VICIANO, R. (2015). “Las sinergias entre el garantismo constitucional europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: la influencia del pensamiento de Luigi Ferrajoli”, en *Revista General de Derecho público comparado*, 18, p. 5

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 7

¹⁴⁵⁰ ANSUATEGUI, F. (2022). “Aporías y paradigmas en Kelsen: en la interpretación de Ferrajoli”, en *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 56, p. 65.

¹⁴⁵¹ *Ídem.*

No cabe duda de la posibilidad de que un tribunal constitucional como lo es la CCC desborde los límites posibles de la interpretación, incluso aun cuando existen cláusulas interpretativas es necesario generar controles externos a la decisión que controlen la labor interpretativa de estos. 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 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.¹⁴⁵² Sea menester exponer como 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 como el que se pregona en esta oportunidad tiene una connotación cognitivista que está guiada a constatar la voluntad del pueblo en los significados señalados por los tribunales constitucionales.¹⁴⁵³ Sin embargo, los controles externos que se propondrán distaran 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 elementos populares en aras de favorecer el papel del juez como último intérprete de la Constitución.¹⁴⁵⁴ Con todo y que acogamos una concepción cognitivista de la interpretación, no deja de ser una realidad como 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.¹⁴⁵⁵

Como bien anota VICIANO 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 mismo o incluso de los tribunales constitucionales, por el contrario deben brindarse propuestas que relegitimen su accionar a partir de controles externos como el mecanismo de elección de los miembros del tribunal constitucional, el límite a las

¹⁴⁵² SEGOVIA, J. (2013). “La interpretación constitucional populista”, en *Prudentia Iuris*, 76, p. 111

¹⁴⁵³ GAVIRIA, J. (2019). “Constitucionalismo garantista: democracia y soberanía popular sin el pueblo”, *op. cit.*, p. 172.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 173

¹⁴⁵⁵ SANÍN, R. (2011). *Teoría crítica constitucional. rescatando la democracia del liberalismo*, Centro de Estudios de difusión del Derecho Constitucional, Quito, p. 96

competencias del tribunal como legislador positivo y establecer criterios específicos para la interpretación de la Constitución.¹⁴⁵⁶

4.3. 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 a fin de establecer una serie de instituciones y garantías. 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.¹⁴⁵⁷ De esta forma, la experiencia del NCL ha decantado dos ideologías de la interpretación constitucional, una ideología de la interpretación dinámica o de la Constitución viva que carece de reglas interpretativas para los jueces constitucionales a raíz del modelo colombiano y venezolano, pero también un modelo ideológico originalista estático de la interpretación en los modelos ecuatoriano y boliviano, teniendo como ulterior finalidad 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 participación popular en las acciones constitucionales, democratizando los procesos de elección de los magistrados de los tribunales constitucionales, sino además han buscado dotar de legitimidad funcional a través de un método interpretativo que obliga a los jueces constitucionales a su acatamiento.¹⁴⁵⁸ Lo que a su vez reconduce la interpretación constitucional a una faceta aplicadora del derecho que limita el papel de los tribunales constitucionales como órgano creador de derecho.

Véase como CARPIZO señala como los métodos de interpretación deben estar dirigidos a alcanzar un determinado resultado interpretativo propuesto por el constituyente. Por eso se

¹⁴⁵⁶ VICIANO, R. (2022). ¿Quién debe defender la Constitución? Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=3JqURYuAwdE>

¹⁴⁵⁷ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op, cit, pp. 268-269.

¹⁴⁵⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, op, cit, p. 641.

destaca que los métodos de interpretación son un sí mismo un límite a los tribunales constitucionales, por cuanto estos nunca podrán fungir como poder constituyente o poder revisor de la Constitución.¹⁴⁵⁹ Del mismo modo, no puede perderse de vista como el tribunal constitucional debe atender a los principios y fines últimos del ordenamiento jurídico, como lo es la certeza y seguridad jurídica, siempre respetando las competencias de los demás órganos constituidos, apelando a medios de índole jurídica.¹⁴⁶⁰ 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 atribuya a otros órganos que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales.¹⁴⁶¹

Como lo señala PEGORANO es importante que el poder constituyente no deje márgenes amplios para que los intérpretes de la Constitución puedan decidir conforme la evolución del lenguaje o la misma sociedad.¹⁴⁶² 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 individualizan los valores—los que deciden por tanto que representa un valor merecedor de tutela— los que les atribuyen, 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 expresa la sociedad.¹⁴⁶³

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

¹⁴⁵⁹ CARPIZO, J. (2009). *El tribunal constitucional y sus límites*, op. cit., p. 50

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 55

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 56

¹⁴⁶² PEGORARO, L. (1999). “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución”, en *Pensamiento constitucional*, 6 (6), p. 230

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 232.

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 que se basa en los métodos históricos y literales de la norma, como ya vimos en la parte tercera de este trabajo.

No obstante, el modelo boliviano resulta ser un modelo incompleto al no existir reglas de preferencia entre las diversas técnicas o métodos de interpretación, dejando cierto margen de discrecionalidad en el juez para que determine el sentido de las normas constitucionales.¹⁴⁶⁴

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, no se trata de una lista cerrada de métodos de interpretación, sino más bien considera que es 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.”*¹⁴⁶⁵. 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 como fáciles, lo que permite al interprete apelar al tenor literal del texto y a la integridad de la Constitución; y desde un segundo nivel cuando se dan casos difíciles acudiendo a un método histórico como a los resultados hermenéuticos que permitan la vigencia de los derechos.¹⁴⁶⁶

Así las cosas, la asunción del poder constituyente como autoridad normativa presta atención en la interpretación de la Constitución debido a aquellos resultados hermenéuticos que contradicen la voluntad del constituyente, instaurando sus propias significaciones o introduciendo reglas de interpretación a fin de limitar la discrecionalidad del juez constitucional. De este modo, tiene razón SAGÜES 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.”*¹⁴⁶⁷ De esta manera, aquellas

¹⁴⁶⁴ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 642.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 643.

¹⁴⁶⁶ *Ídem.*

¹⁴⁶⁷ SAGÜES, N. (2012). “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *op. cit.*, p. 184.

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*”.¹⁴⁶⁸

Es entonces como el poder constituyente tiene dos vías para disciplinar y guiar la interpretación del juez constitucional, esto es: (1) a través de cláusulas constitucionales directas; (2) a través de reglas interpretativas de la constitución.

Referente a las cláusulas interpretativas directas que atribuyen de manera explícita el significado de un enunciado normativo o expresión utilizada por el constituyente, eliminado 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 al 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 los artículos 63 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 de la actividad interpretativa.

En segundo término, el constituyente podrá establecer reglas constitucionales para interpretar la Constitución, estableciendo métodos precisos para que el intérprete desarrolle su actividad hermenéutica. Desde 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 tanto de primer como de segundo orden.

Veamos como 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 de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad. Ahora bien, habrá que indicar que frente a los criterios establecidos en la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad, estos no gozan de la legitimidad suficiente para guiar la faceta

¹⁴⁶⁸ *Idem.*

interpretativa del juez constitucional, en tanto resulta ser 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 a los principios del derecho constitucional; no obstante, no se identifica cual de estos prevalece sobre el otro,¹⁴⁶⁹ generándose resultados interpretativos diferentes según el método o criterio escogido por el intérprete. Ahora, respecto de los principios generales de la interpretación del derecho constitucional, no es posible establecer un listado específico o universalmente aceptados como tales,¹⁴⁷⁰ permitiendo la discrecionalidad del juez en su uso.

En el caso boliviano, el modelo interpretativo 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 aplicadas por el juez de manera secundaria. Así mismo, no señala cuál de estos dos deben privilegiarse cuando ambos métodos entreguen resultados diferentes.¹⁴⁷¹

En todo caso, como se dijo anteriormente el uso de determinados métodos de interpretación conlleva a una serie de resultados interpretativos muy diversos según el método utilizado. Por esto, en modelos constitucionales que no se señala una metodología específica.¹⁴⁷² Se hace necesario la adopción de una decisión previa de origen político dado el carácter jurisdiccional de la labor judicial, así como 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 vedado a 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.

4.4. Elementos que dotan de legitimidad al interprete sustituto de la Constitución.

¹⁴⁶⁹ *Ibid*, p. 186.

¹⁴⁷⁰ *Idem*.

¹⁴⁷¹ *Ibid*, 187.

¹⁴⁷² STORINI, C. (2021). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit*, p. 778

En todo caso, bajo este análisis se pueden observar tres elementos que permiten definir el grado de legitimidad de las normas constitucionales. Así se dará una legitimidad de índole competencial, técnica e ideológica. Desde un punto de vista competencial, se hace necesario que el creador del texto normativo sea quien establezca las reglas interpretativas que guiaran la función del intérprete sustituto, impidiendo que el operador se convierta en creador de estas reglas, lo que a su vez se traduce en el mismo creador del texto constitucional, 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) es 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 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 considera el intérprete no debe emplear.¹⁴⁷³

Ahora, desde un plano ideológico, las técnicas de interpretación y sus reglas de preferencia deben estar guiadas a una ideología propia de la interpretación, guardando coherencia los métodos con la ideología de la interpretación escogida, pudiendo establecer una ideología estática- originalista que brinda seguridad jurídica, pero que 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.¹⁴⁷⁴ 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 entonces, en las cláusulas de revisión constitucional, el constituyente opta por someter a los jueces nacionales a interpretar el derecho nacional conforme los derechos contenidos en instrumentos internacionales y la propia jurisprudencia internacional produciéndose una:

¹⁴⁷³ *Ibid*, pp. 188-189.

¹⁴⁷⁴ *Ibid*, pp. 190-191

(...) 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.”¹⁴⁷⁵

Un modelo acorde con la ontología y fundamento del NCL que 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, siendo la ideología de la interpretación originalista aquella más acorde a estos postulados, esto básicamente por dos 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; (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 informal y además 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 realizado 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 significó cuando fue adoptada, significara en la actualidad.¹⁴⁷⁶

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 a realizar

¹⁴⁷⁵ *Idem*.

¹⁴⁷⁶ HAKANSSON, C. (2009). “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano: una aproximación”, en *DIKAION*, 23 (18), pp. 61-62.

ejercicios de interpretación con una faceta eminentemente creativa, en tanto que una visión restringida del cambio es aquella se articula al concepto material del poder constituyente, entendiendo que solo el pueblo puede introducir cambios a la Constitución democrática.

Como bien indica TAFUR las decisiones de los tribunales constitucionales tienen una connotación de ser 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 órganos controladores sea sujeto a su vez de controles.¹⁴⁷⁷

Del mismo modo, un modelo de interpretación restringida no permite a los jueces modificar las normas ni crear nuevos derechos, ello con 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 de una interpretación que privilegia una ideología originalista que conecte con el pensamiento del constituyente al momento de la creación constitucional; De una u otra manera, este pensamiento concilia el carácter contra mayoritario de la justicia constitucional con el modelo democrático propio de una noción fuerte de poder constituyente. Una interpretación acorde a 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.¹⁴⁷⁸ Así mismo, ante los vacíos constitucionales que pudiese tener el texto constitucional será el pueblo el encargado de desarrollar dichos postulados,¹⁴⁷⁹ 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; Sin embargo, hasta el método lógico subsuntivo, esto es la aplicación del método literal. En todo caso una ideología originalista de la interpretación requiere que el intérprete tenga un respeto absoluto por la voluntad del poder constituyente plasmado en el texto constitucional, es por lo que el juez deberá tener en cuenta solo postulados neutrales que evoquen la voluntad del órgano creador

¹⁴⁷⁷ TAFUR, M. (2019). “Límites a las competencias del tribunal constitucional como organismo contralor del orden constitucional”, en *UIS: Revista de investigación de la facultad de derecho*, 8 (2), p. 106.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p.108.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, P. 108.

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 encuentra siempre sometido al tenor literal del texto constitucional, por eso que cuando el juez se aparte del texto constitucional estará asumiendo funciones de poder constituyente y desconociendo el principio de soberanía popular.¹⁴⁸⁰ 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.”¹⁴⁸¹

De esta forma, la delicada labor del tribunal constitucional como un controlador de la constitución, implica muchas veces que los cambios de la Constitución pudiesen plantearse vía interpretación constitucional. De esta forma, 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 busco proteger.¹⁴⁸²

4.4.1. La positivización de criterios de interpretación de la Constitución: un sistema propio de interpretación constitucional.

La propuesta de interpretación constitucional se encuentra guiada bajo una teoría normativa en la que como indica WROBLEWSKY se presenta a través de un conjunto ordenado de directivas interpretativas que encausan la labor hermenéutica del interprete.¹⁴⁸³ De esta forma, una teoría de la 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

¹⁴⁸⁰ ARIAS, B. (2013). “Rigidez e interpretación constitucional”, en *Pensamiento constitucional*, 18, pp. 257-258

¹⁴⁸¹ *Ibid*, p. 261

¹⁴⁸² *Ibid*, pp. 263-264.

¹⁴⁸³ WROBLEWSKY, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op, cit, pp. 70- 71.

directivas constitucionalizadas por el poder constituyente, legitimando las decisiones del órgano constituido que reconoce que su poder es limitado por un poder soberano.

De este modo, tomaremos lo expuesto por CHIASSONI, 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; (5) el modelo de los códigos interpretativos.¹⁴⁸⁴ Los anteriores modelos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

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 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 el segundo para concretar la norma.
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 como aquellas que indican el modo de atribuir significado a una disposición. • Mientras que también existirán directivas secundarias que serán procedimentales y de preferencia. Las directivas procedimentales son aquellas que señalan como 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.

¹⁴⁸⁴ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas; op, cit*, pp. 73-74

	• 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 ser dadas de la siguiente manera: (1) los argumentos lingüísticos prevalecerán sobre los genéticos y sistemáticos; (2) los argumentos genéticos deberán prevalecer sobre los sistemáticos; (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 utilizan directivas hermenéuticas. • Se da el establecimiento de unas discretas directivas hermenéuticas. • Se dan directivas de distinto orden superpuestas una a otras.

Tabla 19. Elaboración propia.

Los métodos de interpretación resultan ser un elemento central de la práctica jurídica, siendo un medio para llegar a un determinado resultado. Así pueden indicar:

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.¹⁴⁸⁵

En todo caso, es menester indicar que la opción y propuesta presentada a continuación se encuentra guiada por un modelo de interpretación que niega de manera general el carácter específico de la interpretación constitucional.¹⁴⁸⁶ Es menester señalar como en últimas una Constitución viene a ser una especie de iuspositivismo reforzado que tiene como cometido la garantía de los derechos constitucionales¹⁴⁸⁷ y la salvaguarda del sistema democrático.¹⁴⁸⁸ No obstante, la interpretación de la Constitución deberá favorecer un sistema democrático

¹⁴⁸⁵ GARCÍA AMADO, J. (2004). “La interpretación constitucional”, en *Teoría del Derecho*, 2, p. 62

¹⁴⁸⁶ GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit, pp. 53-58.

¹⁴⁸⁷ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, op. cit, pp- 24-28.

¹⁴⁸⁸ FERRAJOLI, L. (2017). *La democracia constitucional*. [trad. EPINOZA, J y CRELLA, N]. editorial Porrúa, México, pp. 1-39.

de índole participativo en donde el poder constituyente tenga especial prevalencia en la actividad hermenéutica.

Aun cuando en Latinoamérica autores como PALOMINO,¹⁴⁸⁹ BADENI,¹⁴⁹⁰ Y DURÁN¹⁴⁹¹ pregonen por la idea de la especificidad de la interpretación constitucional, sin olvidar que criterios como los de unidad de la Constitución, corrección función o eficacia de la Constitución terminan siendo derivaciones de los criterios hermenéuticos tradicionales.¹⁴⁹² Incluso es menester señalar como 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 normas tipo regla como principios; a pesar de que el texto constitucional regule las relaciones políticas que son cambiantes los intérpretes sustitutos no pueden modificar por vías informales la Constitución; por eso que el principio de rigidez de la constitucional deba ser morigerado, en tanto las Constituciones no están hechas para regir por siempre.¹⁴⁹³ 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.¹⁴⁹⁴

Frente a las características de la Constitución, el argumento se encuentra guiado a defender la particularidad lingüística, normativa y jerárquica de la Constitución, 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.¹⁴⁹⁵ Del mismo modo, se

¹⁴⁸⁹ PALOMINO, J. (2008). “La interpretación constitucional: estándares interpretativos”, en MAC-GREGOR, E Y ZALDIVAR, A. (Coord), *la ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 345-352. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2560-la-ciencia-del-derecho-procesal-constitucional-estudios-en-homenaje-a-hector-fix-zamudio-en-sus-cincuenta-anos-como-investigador-del-derecho-t-vi-interpretacion-constitucional-y-jurisdccion-electoral?c=90280>

¹⁴⁹⁰ BADENI, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional*, 2 ed, Tomo I, La ley, Buenos Aires.

¹⁴⁹¹ DURÁN, J. (2020). “Interpretación constitucional”, en ANAYA, S. et al, *Teoría de la Constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*, 1 ed, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, pp. 345-405.

¹⁴⁹² VELA, M. (2021). “El debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución en el contexto latinoamericano. Una discusión desde cuatro trincheras”, *op. cit.*, pp. 66-68.

¹⁴⁹³ GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, en FABRA, J y SPECTOR, E (Ed), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, pp. 2014-2017.

¹⁴⁹⁴ CELIS, D. (2021). “La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional”, en *Revista ICON*, 19(4), p. 1265

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 1267- 1274

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.¹⁴⁹⁶

No obstante, dichos argumentos pueden ser debatidos a partir del aumento de cláusulas a detalle o específicas que tiendan a un modelo de reglas y garantías que permite eliminar cualquier vestigio del carácter volitivo de la decisión judicial. Así mismo un modelo acorde a la ontología del NCL requiere de una Constitución a detalle que contemple y establezca un texto constitucional de carácter específico que indique de manera clara y precisa los acuerdos de una sociedad.¹⁴⁹⁷ Este tipo de Constitución requiere de la eliminación de cláusulas abstractas de las cuales el tribunal constitucional se pueda valer para “actualizar” el texto constitucional, haciendo necesario acoger una Constitución reglamentaria, reduciendo la discrecionalidad judicial al momento de interpretar la Constitución, buscando que las decisiones judiciales reflejen en mayor medida y de forma más auténtica la voluntad democrática plasmada en el texto constitucional.¹⁴⁹⁸ 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 reafirman una teoría del poder en cabeza de los jueces, convirtiendo la supremacía de la Constitución en la supremacía judicial. Ahora bien, entendemos que este tipo de modelos reglamentarios de Constitución pueda tener críticas de fondo. Entre estas ENRÍQUEZ¹⁴⁹⁹ señala:

- (1) la tiranía del pasado en donde la legitimidad democrática de la Constitución va perdiendo fuerza al pasar los años y las nuevas realidades jurídicas, entendiendo que la norma perdería eficacia con el paso del tiempo. En este sentido, señala el autor como la norma debe permitir la mutación constitucional a 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

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, pp. 1274- 1279

¹⁴⁹⁷ ENRÍQUEZ, P. (2008). Un modelo democrático de justicia constitucional local, [Tesis de doctorada Universidad Michoaca de San Nicolás], pp. 141-142

¹⁴⁹⁸ FERRERES, V. (1997). *Justicia Constitucional y democracia*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, p. 93.

¹⁴⁹⁹ ENRÍQUEZ, P. (2008). “Un modelo democrático de justicia constitucional local”, *op. cit.*, pp. 143-144

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.¹⁵⁰⁰

No obstante, el modelo atacado no contempla la clave democrática que encierra el NCL por las siguientes razones. En primer término, al sustentar la legitimidad de la Constitución 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 su ejercicio de 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 concibe la Constitución como un fin en sí misma, sino una construcción permanente que se alimenta de las realidades sociales a través de los mecanismos democráticos. Es como el constitucionalismo democrático encuentra que las Constituciones son textos inconclusos que se alimentan de los procesos democráticos que permite a las generaciones futuras definir los marcos constitucionales en los que se debe desarrollar la institucionalidad, siendo el poder constituyente un poder fáctico.¹⁵⁰¹ 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.”¹⁵⁰²

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, pp. 188-189.

¹⁵⁰¹ MEDICI, A. (2016). *Otro nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Centro de Estudios jurídicos y sociales, San Luis, p. 166

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 211

Nótese como la ideología de la interpretación también puede estar guiada por la estructura normativa de la Constitución, siendo Constituciones más rígidas al cambio por parte de los poderes constituidos aquellas que hacen uso de enunciados más vagos y abiertos,¹⁵⁰³ requiriendo que se articule la tipología de ellos 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, permite que los tribunales constitucionales tengan amplios márgenes de interpretación, llevándolos incluso al plano de la sobre interpretación. Por esto el carácter abierto de esta tipología normativa sea necesaria la intervención del juez constitucional para concretar su aplicación a casos concretos.¹⁵⁰⁴ 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”¹⁵⁰⁵

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 rígido respecto de los poderes constituidos.

Del mismo modo, la existencia de un intérprete privilegiado se queda sin sustento en una modelo que permita la interpretación por parte del pueblo, entendiendo la necesidad de que los tribunales constitucionales sean interpretes auténticos sustitutos, reiterando nuevamente la necesidad de proscribir los cambios constitucionales a través de la interpretación constitucional. Así mismo, el argumento de la necesidad de adoptar técnicas especiales de interpretación se queda sin piso cuando el constituyente entiende la necesidad de garantizar

¹⁵⁰³ STORINI, C. (2021). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 785.

¹⁵⁰⁴ *Ibid*, p. 795.

¹⁵⁰⁵ *Ibid*, p. 801

una legitimidad funcional del interprete 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 que los poderes constituidos no puedan reformar los textos constitucionales, mientras que el pueblo tenga facilidades para ello, tratándose de un sistema fuerte a los cambios constitucionales propuestos por los poderes constituidos, pero débiles al poder constituyente. Ello implica abandonar el particularismo de las decisiones sustentadas en fórmulas principialísticas que promueven un campo decisonal de la interpretación constitucional, imponiendo límites racionales a las decisiones jurídicas tomadas por los jueces, como también evitar el activismo judicial en detrimento de la expresión de voluntad popular.¹⁵⁰⁶

A continuación, se presentarán como principales propuestas para una interpretación constitucional limitada y subordinada al poder constituyente, bajo específicos criterios, directivas o cánones de interpretación que guíen la labor hermenéutica del intérprete, siendo el primer deber del interprete sustituto realizar sus funciones bajo la guía del principio de soberanía popular, constituyéndose en un tribunal constitucional que funge como un instrumento del pueblo para la defensa de su soberanía y el carácter democrático de la Constitución. En todo caso, es menester resaltar la necesidad de que exista una articulación entre ideología y métodos, entendiendo que cuando se plantean multiplicidad de criterios de interpretación no se permite definir de manera clara la ideología escogida por el poder soberano para la actividad hermenéutica, entendiendo que ideología y método deben ir encaminados a perseguir un fin ulterior previsto por el constituyente,¹⁵⁰⁷ necesitando una coherencia interna entre los mismos, en tanto los métodos reflejan la ideología del derecho acogida por el creador.

4.4.2. Directivas o criterios de interpretación primarios para el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

¹⁵⁰⁶ LOZADA, A. (2011). “Sobre la dimensión argumentativa del derecho”, en MONTAÑA, J. (Ed). Apuntes de derecho procesal constitucional, aspectos generales, en Centro de estudios y Difusión del derecho Constitucional, Quito, 218-22.

¹⁵⁰⁷ *Ibid*, p. 775.

A 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 a fin de evitar nuevas posibilidades interpretativas para el juez. Pero además podrá 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, adoptando 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 les asigne 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 se es necesario la aplicación de directivas lingüísticas que interpreten los enunciados normativos constitucionales según el significado común de las palabras utilizados, ello siempre y cuando el constituyente no haya establecido un significado especial para este.¹⁵⁰⁸ Ahora, 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, buscar 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 la actividad del intérprete en una faceta decisional, y que, por el contrario, la interpretación esté guiada bajo sendos límites interpretativos.

Consecuentemente, las directivas interpretativas primarias tienen una función heurística y posterior, en tanto sirven para descifrar el sentido del enunciado como para justificar el significado interpretativo adoptado. De cualquier modo, el modelo del NCL requiere de la aplicación tanto de un criterio lingüístico o literal y del método histórico, ello en aras de preservar la voluntad soberana plasmada en el texto constitucional, siendo aquellos criterios que permiten en mayor medida conservar intacta la voluntad plasmada por el constituyente y promover el cambio constitucional como dirimir los conflictos interpretativos por vías democráticas en donde el pueblo sea el intérprete auténtico de la Constitución. Vale entonces indicar como una interpretación limitada de la Constitución debe preferir determinado método de interpretación, eliminando posiciones que buscan la aplicación plural de métodos

¹⁵⁰⁸ CHIASONNI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas; op, cit*, p p. 82

que conlleva la sustracción de cualquier límite, conforme esto bien indica STORINI: “*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 intérprete un espacio de libertad.*”¹⁵⁰⁹

Ahora bien, frente a la aplicación de un criterio literal, es menester que el mismo debe estar 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 es el texto constitucional, una obra producto de una voluntad histórica.¹⁵¹⁰ Es de este modo, que debido al carácter popular de las constituciones del NCL el uso de un lenguaje técnico debe ser eliminado, entendiendo como este puede constituirse un mecanismo para el encriptamiento de la Constitución. De este modo, el constituyente deberá hacer explícito que la Constitución democrática deberá ser interpretada por el tribunal constitucional conforme el uso común y popular de las palabras, pero sujeto a un momento histórico particular. Es como el intérprete sustituto debe estar limitado tanto por un contexto lingüístico e 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, siendo este el método que más acorde al principio de soberanía popular y principio democrático, en tanto encarna la idea de separación de poderes o competencias como de igual manera limitar los escenarios de creación normativa que corresponde al pueblo.¹⁵¹¹ Del mismo modo, la aplicación de estos métodos psicológicamente limita la labor del juez, restringiendo su ejercicio en una faceta cognoscitivista al entender que se trata de una interpretación guiada a satisfacer los deseos del constituyente, pero eliminado cualquier carácter creativo de su faceta hermenéutica.

Quiero señalar como un modelo en donde sea haga explícito un criterio interpretativo literal-histórico no resultar ser acontextual, por el contrario, se trata de un modelo donde predomina el contexto de la 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 que se encuentra atribuida a otros mecanismos de cambio constitucional como lo es la reforma, la enmienda o la misma creación constitucional.

¹⁵⁰⁹ STORINI, C. (2021). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 775.

¹⁵¹⁰ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, *op. cit.*, p. 92

¹⁵¹¹ GARCÍA AMADO, J. (2004). “La interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 65-69

Habrá que indicar que el criterio histórico hace un llamado al  nterprete para que acoja la voluntad querida por el constituyente. Así, habrá que hacerse énfasis en que la fuerza del concepto de poder constituyente en el NCL implica que se entienda 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  nterprete sustituto debe guardar coherencia con la voluntad del constituyente que creo la Constitución, entre 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, incluso una interpretación histórica del tribunal constitucional puede ayudar a promover el cambio constitucional a través de mecanismos formales.

De esta forma, que el criterio histórico estará guiado por la necesidad de atribuir el significado del creador del texto constitucional en el momento de la creación de la Constitución, incluso hace posible que el  nterprete consulte la finalidad pretendida por el creador o constituyente histórico. No cabe duda de que este criterio resulta una posición aparentemente conservadora para el  nterprete sustituto, pero que posibilita una posición progresista respecto del  nterprete auténtico, evitando mutaciones en el texto constitucional y además, permite 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.¹⁵¹² Por ello, en el NCL se trata de métodos articulados para garantizar la defensa de la voluntad popular como autoridad normativa máxima, pero además deberá contemplarse con elementos revolucionarios , transformadores, democráticos, rupturista y emancipadores.

No cabe duda de que el modelo del NCL ha sido consiente de la necesidad de regular de manera explícita y concreta los ámbitos de acción de los poderes públicos de los ciudadanos mismos, es como la Constitución como mandato establece un amplio articulado que debe estar guiada a la garantía de tales preceptos como voluntad del soberano.

¹⁵¹² STORINI, C. (2021). "Ideología, método y límites de la interpretación constitucional", *op. cit.*, p. 772.

4.4.3. Directivas de interpretación secundarias.

Ahora al hablar de directivas secundarias CHIASSONI señala la existencia de tres tipos: selectivas, procedimentales y preferenciales.¹⁵¹³ Tratare de apoyarme en este tipo de directivas a fin de constituir un modelo de interpretación acorde al NCL en donde se garantice la voluntad popular histórico y presente.

Frente a las directivas selectivas como aquella que indican al interprete que directivas o guías primarias debe utilizar consideramos que es menester aplicar un código plural pero limitado. Ello es el intérprete estará supeditado a las directivas o criterios de interpretación primarios de índole lingüística-literal e histórico. De esta forma, al interprete sustituto como órgano constituido y limitado le quedara vedado acoger un criterio de interpretación diferente a este 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, ello aún más cuando el modelo adopta un número plural de criterios de interpretación primaria; siendo el caso del NCL un modelo que 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 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.¹⁵¹⁴ En el caso del NCL, considero que se deberá acoger unas directivas o criterios procedimentales ordenadora, en el que en primer lugar, se consulte el tenor literal del texto normativo para en segunda medida acudir 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 constituyente y a salvaguardar la integridad de la Constitución, esto es a, conservar e intentar preservar la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, estableciendo y negando bajo una cláusula constitucional la imposibilidad de aquellas cláusulas que nieguen los derechos de participación del pueblo como aquellos ejercicios institucionales que modifiquen la Constitución sin la expresa voluntad popular. Es así como cualquier interpretación que tienda a una supuesta evolución

¹⁵¹³ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas; op, cit*, p. 112

¹⁵¹⁴ *Ibid*, pp. 113 y 114.

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 punto, 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*”¹⁵¹⁵. De esta forma se encuentra criterios preferenciales negativos y positivos.

Frente a los criterio de preferencia negativos, se tratara de aquellas condiciones en las que no puede atribuírsele determinado significado a un enunciado normativo; y en los criterios de preferencia positivos, cuando frente a un significado se le atribuye una connotación de interpretación correcta.¹⁵¹⁶ En todo caso, se considera necesario la existencia de directivas de prioridad que privilegie el significado ordinario de los enunciados normativos sobre aquellos significados técnicos; en segundo lugar la preferencia del significado literal del texto constitucional, o en su defecto, de un significado histórico u originalista cuando la letra traicione el propio espíritu del poder constituyente. Así mismo, deberán adoptarse condiciones interpretativas que permitan maximizar los ejercicios de participación ciudadana y la capacidad democráticas 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 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, ello con el fin de descifrar la voluntad del constituyente. Sin embargo, frente a directivas extra sistémicas, siempre el intérprete deberá acoger el significado literal-histórico, sirviendo esta directiva como un elemento de corrección para el intérprete que ha utilizado criterios no explícitos por el constituyente.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 114

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 115.

Con todo, los criterios de interpretación puedan fungir como directivas con un determinado margen de valoración, no obstante, dicho margen debe ser cerrado a través de una ideología propia que acoja 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 a la misma labor hermenéutica, en tanto se trata de una visión cognitivista que revalidan la existencia de directivas primarias y secundaria,¹⁵¹⁷ por eso los significados a los que llegue el intérprete estarán sujetos a los criterios establecidos por el constituyente. De esta forma, una ideología originalista es la que más guarda una posición de deferencia al poder constituyente, entendiendo que los significados de la Constitución se encuentran en su texto o en la voluntad de su creador.¹⁵¹⁸ A contrario sensu, una ideología dinámica o evolutiva de la interpretación en un modelo como el del NCL no tendrá cabida, ya que en una teoría anclada en la legitimidad democrática en el momento de configuración de las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico requiere que se cuente con el consentimiento del poder soberano, previendo con ello múltiples mecanismos de participación democrática y flexibilidad para el cambio cuando se trata del pueblo y eliminando de tajo cualquier interpretación creativa. Es así como, el ultimo eje de la interpretación se da con el establecimiento de un código interpretativo que asegura las condiciones de los ejercicios hermenéuticos, designando aquellos criterios obligatorios para el operador jurídico y aquellos prohibidos de ser aplicados.¹⁵¹⁹ Bajo este panorama, un código estático vincula al interprete 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, subordinando al tribunal constitucional a la constitución, pero también a la voluntad soberana del poder constituyente.

Un código estático que privilegia los criterios de interpretación lingüístico e históricos aplicado al NCL, conlleva la aplicación de una directiva secundaria pluralista que permite el uso de la siguiente directiva primaria. Así, en el criterio lingüístico se darán las siguientes reglas: (1) la atribución del significado acorde al uso común de las palabras y las reglas gramaticales básicas en el momento en que el texto constitucional fue creado; ello sin lugar a dudas permite una garantía de los contenidos constitucionales; prohibiendo además la

¹⁵¹⁷ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas; op, cit*, p. 131

¹⁵¹⁸ VELA, M. (2021). M. (2021). “El debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución en el contexto latinoamericano. Una discusión desde cuatro trincheras”, *op, cit*, p. 72.

¹⁵¹⁹ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas; op, cit*, p. 134.

aplicación de directivas que se alejan del uso ordinario de las palabras y del momento de creación del texto normativo; mientras que en el campo del criterio histórico estará guiado por los trabajos preparatorios del texto constitucional teniendo en cuenta: (2) el significado buscado por el creador del texto al momento de la creación de la disposición; (3) el significado a partir del objetivo que pretendía alcanzar el creador al momento de la creación de la disposición. Por el contrario, quedaran vedados aquellos criterios que ubican al creador en el momento de la aplicación de la disposición constitucional, entendiendo que este criterio podría invadir el ámbito competencial del poder constituyente, bajo el entendido que es un poder permanente. Es entonces como desde una directiva procedimental el intérprete deberá utilizar todas las directivas primarias ya enunciadas, en el orden ya señalado. Como directivas preferenciales negativas que impiden la reducción de la capacidad de decisión del poder constituyente: 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, la necesidad e criterios preferenciales positivos que privilegien la capacidad transformadora y disruptiva del poder constituyente, reafirme la condición poder soberano del poder constituyente; amplifique de los mecanismos de participación ciudadana como la protección y garantía de los derechos constitucionales, entendiendo como correctas aquellas interpretaciones que tengan un mayor nivel emancipatorio respecto de la ciudadanía.

Es que 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 interprete

Véase como la teoría de la Constitución del NCL anula la posibilidad de que los tribunales constitucionales sean creadores de derechos, en tanto los mismos solo fungen como legisladores negativos o correctores del sistema, entre tanto la capacidad creativa solo será predicable de órganos con un 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 y es que procedimentalmente las decisiones del TCPB no gozan de especiales condiciones democráticas, sin embargo, si permite que las decisiones anulatorias frente a otros poderes quedaran investidos de legitimidad, superando la objeción democrática al control de constitucionalidad en su faceta primigenia, es decir, el cuestionamiento de como

un grupo de personas que no han sido electas democráticamente pueden anular decisiones de órganos que sí lo han sido.

En definitiva, el NLC requiere de una configuración teórica de la interpretación que adecue el proceso hermenéutico a sus fines cognoscitivos perseguidos, ello es garantizar la legitimidad democrática del ordenamiento jurídico. En síntesis, se puede exponer:

El procedimiento de interpretación en el NCL				
<i>niveles en el proceso hermenéutico</i>	1 nivel	2 nivel		3 nivel
<i>criterios o directivas</i>	primarias	secundarias		ideología
<i>características</i>	Lingüística e histórica	selectivas	plural y limitado	Estática u originalista
		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; participación ciudadana y cambios formales	
			preferencia absoluta para no aplicar directivas primarias extra sistémicas	

Tabla 20: elaboración propia.

En este caso, a partir de lo expuesto por GARCÍA¹⁵²⁰ la interpretación en el NCL resulta ser el resultado de una concepción teoría lingüística e intencionalista. Se trata de que es una

¹⁵²⁰ GARCÍA AMADO, J. (2004). “La interpretación constitucional”, *op. cit.*, pp. 38-52

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, siendo la doctrina de la especificidad de la interpretación sin límites o cánones de interpretación previamente predispuestos por el constituyente una tesis favorable al subjetivismo en las decisiones judiciales;¹⁵²¹ de igual manera, se trata de una interpretación intencionalistas 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 conocidos han sido las dificultades interpretativas que conlleva la concepción intencionalistas para descifrar la voluntad del órgano creador, por eso es que esta deberá ser articulada primeramente a una teoría semántica del texto constitucional, en el entendiendo que son los enunciados normativos 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 como el juez debe interpretar la Constitución para que el mismo 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 la legitimidad democrática de las mismas, incluso la posibilidad de subversión de la voluntad popular. No cabe duda como 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 limitan al intérprete sustituto, buscando abarcar una legitimidad funcional a posteriori, y establece controles desde la Constitución a su guardián, fortaleciendo la conexión entre poder constituyente y la normativa constitucional.¹⁵²² No obstante, la crítica formalista puede ser superada a través desde un aspecto subjetivo-histórico en que se desarrollaron los procesos constituyentes latinoamericanos, ello es, la reducción de las brechas de desigualdad de sus ciudadanos, dando una especial prevalencia a los grupos oprimidos.

¹⁵²¹ CELIS, D. (2022). “Las propiedades de la Constitución y la justificación de su interpretación especial en el Estado Constitucional”, en *El Agora USB*, 22 (2), p. 763.

¹⁵²² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 641.

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, bien se puede indicar: “*la conclusión que extraen es que la radical indeterminación del derecho no deja más salida que afirmar la inevitabilidad de la plena libertad judicial, con su consiguiente carácter político*”.¹⁵²³

4.4.4. 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 a fin de proteger la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Así deberá existir reglas de preferencia que establezcan un orden o jerarquía entre los criterios de interpretación señalados por el constituyente, habiendo prevalecer de forma directa un método de interpretación sobre otro, limitando la discrecionalidad el intérprete.¹⁵²⁴

Es por ello, que al intérprete le quedara vedado establecer preferencias valorativas entre los distintos métodos de interpretación, direccionando los ejercicios hermenéuticos hacia la voluntad designada por el constituyente. Conforme lo anterior, la determinación de reglas de preferencia sobre los métodos hermenéuticos, adoptará 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 preferencia interpretativa, es menester señalar como CASTILLA entiende que no se trata única y exclusivamente de la aplicación de una u otra norma, sino que ante pluralidad de enunciados normativos e interpretaciones que se puedan aplicar deberá preferirse una sobre otra.¹⁵²⁵ 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 el artículo 1 y 3 de la Constitución, esto es, aquel que consulte la voluntad del constituyente como también aquel

¹⁵²³ GARCÍA AMADO, J. (2004). “La interpretación constitucional”, *op, cit*, p. 57

¹⁵²⁴ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *Los argumentos de la interpretación. Algunas cuestiones fundamentales*, *op, cit*, p. 201.

¹⁵²⁵ CASTILLA, K. (2019). “El principio pro persona en la administración de justicia”, en *Cuestiones Constitucionales*. 20, p. 76

que busca preservar el sentido original de las disposiciones constitucionales. En todo caso, a pesar de que pudiese plantearse que la preferencia a conservar el sentido primigeniamente otorgado a un enunciado normativo por parte del constituyente lograra 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 de las múltiples significaciones escogerá 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 como la defensa del principio democrático. Esto lo obliga a aplicar una interpretación guiada a la conservación del derecho por parte de los órganos democráticos, tratándose de una interpretación que maximiza los derechos del hombre y una interpretación que amplifica los escenarios democráticos.

Con esto no digo que los métodos que promueven una interpretación evolutiva de la Constitución sean descartados de tajo, simplemente considero necesario que dichos criterios deben contar con un especial manto de legitimidad democrática, esto es, deberá ser un criterio previamente establecido por el constituyente, pero sujeto a controles externos por parte del poder soberano.

Quienes señalan que la estaticidad de la norma hace que la misma agonice,¹⁵²⁶ olvidan que siempre la Constitución es proclive a ser actualizada por vías democráticas, respetando la autoridad de la norma. Es incluso como los tribunales constitucionales en aras de preservar la supremacía de su interpretación y con ello, buscar abrogarse un papel de poder soberano, limitan los escenarios de participación democrática y cambio constitucional por parte del pueblo.

4.4.5. La ponderación como problema de legitimidad.

¹⁵²⁶ BETANCOURT, E. (2021). “interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos”, en *Sociedad y tecnología. Revista del instituto tecnológico superior jubones*, 4, p. 491

Considero más allá de los debates, críticas y argumentos en contra de la ponderación que el problema radica en la legitimidad del método, en tanto se trata de un método de interpretación extrajurídico que no tiene ningún sustento en el derecho positivo y en los textos constitucionales. Por ello a pesar de las dificultades metodológicas que se pudieran esgrimir sobre este, en caso de ser establecido por el constituyente la decisión del tribunal quedaría investido por un manto de legitimidad al menos desde un punto de vista procedimental a la solución.

Veamos, como en el caso ecuatoriano la ponderación puede ser objeto de positivización a fin de dotar de legitimidad el 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, a 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 LOPEZ, es claro que subsunción y ponderación no resultan ser métodos de interpretación excluyentes, por el contrario, se trataría de métodos complementarios. Es como en realidad más allá de un problema de método, la ponderación ostenta un problema de legitimidad, ya que no cabe duda que la ponderación funge como un método alternativo a la subsunción, siendo este último método privilegiado cuando las condiciones fácticas vienen predisuestas por una regla.¹⁵²⁷ 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 interprete sustituto. Es por ello que las reglas tendrán una preferencia a *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

¹⁵²⁷ LÓPEZ, S. (2015). “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?”, en *Revista Foro*, 23, pp. 64 y 65

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 que ocasionaría el desconocimiento de la voluntad popular, pero además un déficit de desprotección frente a los derechos y garantías constitucionales. Es por ello que en las Constituciones del NCL, la subsunción debiera ser el criterio predominante, siendo incluso como indica PRIETO una fase previa a la ponderación.¹⁵²⁸ De cualquier forma, tomando los mismos argumentos de la teoría principialista¹⁵²⁹ se indica que las reglas como mandatos definitivos no podrían ser aplicados 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 que en un modelo que privilegia la voluntad del poder soberano plasmada en la Constitución, serán más vinculante las reglas que los principios, incluso el NCL deberá apostar por una voluntad detallada que guíe al intérprete bajo sendos límites jurídicos.

Es así como en un modelo que aprecia la idea de soberanía popular, la ponderación no es un medio para sustituir la aplicación de una norma constitucional, evitándose aquellas posturas que entienden que las reglas siempre tienen razones subyacentes que permiten ejercicios de ponderación ilimitados,¹⁵³⁰ es decir, deberán evitarse aquellas posturas extremas que reducen la interpretación de los derechos como meros ejercicios de ponderación que permiten a los jueces eludir la aplicación de reglas constitucionales.¹⁵³¹

No olvidemos que la labor del juez constitucional como poder constituido tiene límites, encontrándose sometidos al imperio de la Constitución y coinvirtiéndose la subsunción en un medio que otorga legitimidad a las decisiones judiciales, en tanto la función de los jueces tendrá una naturaleza aplicativa y no una función de balanceo como pudiese ser la labor legislativa¹⁵³² o incluso la del constituyente.

¹⁵²⁸ PRIETO, L. (2008). "El juicio de ponderación constitucional", en CARBONELL, M. (edit), *el principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, p. 103..

¹⁵²⁹ ALEXY, R. (2021). "Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales", en *Revista cubana de derecho*, 1 (2), pp. 39-42.

¹⁵³⁰ PRIETO, L., "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de lagunas divergencias", *op, cit*, p. 238

¹⁵³¹ GASCÓN, M. (2016). "Interpretación de la Constitución ¿gobierno de los jueces?", En *Teoría y Derecho*, revista de pensamiento jurídico, 20, p. 211.

¹⁵³² FERRAJOLI, L. (2011). "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *op, cit*, p. 50

Del mismo modo, el precedente jugaría un papel importante al momento de fijar reglas precisas en el caso de conflictos entre principios, siendo esta la regla predominante para un caso suscitado con posterioridad, 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 como funcional. Bien indica GARCÍA JARAMILLO:

“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.”¹⁵³³

Además de lo anterior, los ejercicios de ponderación deberán tener en cuenta los criterios de interpretación previamente dispuestos por el constituyente, es decir, estos guiarán la decisión a ponderar teniendo el intérprete que privilegiar aquel resultado ponderativo que más se acerque al tenor literal e histórico de la norma, como a su vez el que mayor representa una ideología originalista del texto constitucional, siendo articulados con pautas de preferencia que maximicen los derechos de los ciudadanos, los mecanismos de participación democrática y el principio democrático y de separación de poderes. De igual modo, de las posibilidades interpretativas que entrega la ponderación, el juez deberá acoger aquella que maximice el principio democrático como el de soberanía popular, constituyéndose en una ponderación en clave emancipatoria y transformadora de la realidad social. Es como deben tenerse mecanismos que permitan controlar la discrecionalidad absoluta de los jueces cuando acuden a ejercicio de ponderación, recalcando la necesidad de adoptar una teoría cognitivista de la decisión judicial en donde la labor hermenéutica del intérprete sustituto no deja 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 juez.¹⁵³⁴

¹⁵³³ GARCÍA, L. (2011). “La (A) versión en Colombia de las tendencias sobre el constitucionalismo trasnacional.” En Aramburo, M. (Coord.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, Tomo II, Dike, Medellín, p. 1593.

¹⁵³⁴ LÓPEZ, S. (2018). “Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador”, *op. cit.*, pp. 311-213.

Nuevamente, se pone como un buen ejemplo, la Ley de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad de Ecuador, donde se positivizan los principios de proporcionalidad y la ponderación, legitimando la acción del interprete. Sin embargo, dichos medios de solución de conflictos operan de manera residual a los métodos clásicos de solución de antinomias, conllevando que las reglas tengan una preferencia en este sistema. No obstante, se considera que por la connotación de estos métodos de interpretación y la necesidad de que sea el poder soberano el encargado de guiar los resultados interpretativos de su interprete sustituto, deberá 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 unos métodos para fundamentar una colisión entre principios jurídicos, ello siempre y cuando no exista una regla aplicable al caso específico. Es como la ponderación debe entenderse como un deber jurídico y no como un ejercicio potestativo sujeto a especiales controles y límites. Reiterándose como la ponderación funge como un método complementario y residual de interpretación en el plano constitucional, que además deberá estar guiado por sendos criterios de interpretación.¹⁵³⁵

4.4.6. ¿Precedentes para interpretar o interpretando los precedentes?: Resolviendo un problema de legitimidad.

Para DA ROSA los precedente judiciales resultan ser similares a los enunciados normativos propios de la legislación proferidos por una autoridad, pero con la connotación de ser emitidos una autoridad judicial, sin embargo estos carecen de posibilidades de interpretación, teniendo una mera función de aplicación de la *ratio decidendi* como elemento vinculante para los jueces de menor jerarquía, como para el propio tribunal que expide la decisión.¹⁵³⁶ Respecto de la *ratio decidendi*, la doctrina ha preceptuado sobre 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 en concreto; y (3) una concepción argumentativa que sirve para argumentar la decisión judicial.¹⁵³⁷

¹⁵³⁵ ESTRADA, S. (2010). “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad”, en *Vniversitas*, 121, pp. 102-104

¹⁵³⁶ DA ROSA, T. (2016). *Precedentes judiciales y legislación*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, pp. 20-21

¹⁵³⁷ *Ibid*, p24.

A pesar de ello, las reglas jurisprudenciales resultan ser reglas incompletas que se pueden ver sometidas a nuevas excepciones cuando se presentan situaciones aparentemente no cobijadas por la regla, ello permite que los jueces puedan modificar sus precedentes de manera casi ilimitada apelando a la formula del *distinghis*. 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,¹⁵³⁸ por eso los jueces pueden recurrir a sus precedentes o a los de otros jueces para interpretar una regla que pudiese parecer vaga, oscura o indeterminada.

Del mismo modo, GUASTINI señala el precedente requiere de un proceso que permita determinar las similitudes de casos, tomando en cuenta los aspectos relevantes del caso ya decidido y del caso por resolver, debiendo el juez la naturaleza análoga de ambos casos.¹⁵³⁹

Del mismo modo, 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, a que los jueces deban desentrañar la regla jurisprudencial de la decisión anteriormente tomada que se denominara como ya hemos dicho *ratio decidendi*, separando esta regla de 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”.¹⁵⁴⁰

De esta forma, ante la capacidad de variación de las reglas jurisprudenciales, la autoridad judicial tiene en sí mismo un poder creativo del derecho, pudiendo ser contradictorias sus reglas a aquellas normas creadas de manera democrática ya sea por el pueblo o el parlamento. No obstante, a pesar de que en primer medida la vinculatoriedad del precedente se encuentre anclada en un criterio de autoridad, también se señalará que la vinculatoriedad del precedente se sustenta en la capacidad de interpretar correctamente el derecho.¹⁵⁴¹ Sin embargo, más allá de las contradicciones que se pudiese dar respecto de la capacidad de creación normativa 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 en el sistema de fuentes.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁵³⁹ GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar. op, cit*, p. 258.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, pp-259- 260.

¹⁵⁴¹ DA ROSA, T. (2016). *Precedentes judiciales y legislación, op, cit*, p. 25.

Por eso más allá de que el precedente presente problemas entorno a la interpretación o argumentación de las decisiones judiciales, como a su vez una faceta creativa del derecho, en el NCL el principal problema deberá centrarse en la legitimidad de su fuerza vinculante respecto de la decisión popular y soberana del constituyente. Es como, la asunción del precedente en Colombia sea una mutación constitucional, en tanto a partir de la interpretación de la CCC se modificó el sistema de fuentes adoptado por el constituyente.

En todo caso, la concepción de fuente del derecho puede ser revisitada desde un plano material como 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,¹⁵⁴² tratándose de otro límite impuesto por el constituyente a los poderes constituidos.

Veamos como 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: “*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.*”¹⁵⁴³ De esta forma la actividad creativa se da desde tres niveles: (1) la creación propiamente dicha de nuevas normas jurídicas; (b) dejando sin efectos las normas ya existentes; (c) modificando las normas existentes.¹⁵⁴⁴ 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, en el cual el derecho es solo aquello que el mismo orden jurídico califica como tal.¹⁵⁴⁵ No obstante, no puede perderse de vista como la dinámica misma del control de constitucionalidad y la interpretación de la Constitución, ejerce una influencia en la

¹⁵⁴²GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op, cit, pp. 81-82

¹⁵⁴³ *Ibid*, p. 82

¹⁵⁴⁴ *Idem*.

¹⁵⁴⁵ *Ibid*, pp. 85-86.

creación normativa, guiando a los órganos creadores de derecho a entender que no existen otras interpretaciones jurídicas posibles.¹⁵⁴⁶

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 señalando tanto la dimensión negativa del control de constitucionalidad al anular los enunciados normativos que fuesen inconstitucionales; o una dimensión positiva, cuando la CCC actúa como un verdadero legislador, modulando 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,¹⁵⁴⁷ lo que a su vez negaría de forma tajante aquellas creaciones normativas no acordes al sistema de fuentes adoptado por el constituyente. El precedente como fuente del derecho no puede estar concebido para la creación normativa judicial bajo ejercicios interpretativos con tendencias dinámicas- sociológicas, sino el precedente debe ser una fuente que brinde seguridad jurídica y garantía a los preceptos constitucionales dispuestos por el constituyente, evitando aparentes conflictos entre principios jurídicos para eludir los contenidos constitucionales, y a su vez limitar a los jueces para que acaten sus precedentes. Por ello, el precedente tendrá una connotación de autocontención de los tribunales constitucionales que impedirá la creación de derecho, restringiendo el ámbito de maniobra de los jueces constitucionales en la toma de decisiones interpretativas.

No se puede olvidar como la sujeción a la justicia constitucional legitima el accionar de los operadores jurídicos, en tanto estos toman decisiones a nombre del pueblo, ya que la Constitución al ser obra del poder constituyente, son los órganos jurisdiccionales aquellos encargados de aplicar la voluntad popular.¹⁵⁴⁸ De esta forma, todo ejercicio creativo significa el desconocimiento mismo de la voluntad popular, al modificarse la obra 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, como las directivas interpretativas de primer y segundo orden, como las pautas de

¹⁵⁴⁶ Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*, op, cit, p. 130

¹⁵⁴⁷ Pazmiño, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, op, cit, p. 31.

¹⁵⁴⁸ Montaña, J. (2008). “La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Avila, R, Grijalva, A y Martínez Dalmau, R (Ed), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de justicia y derechos Humanos, Quito, p. 196

preferencia delineadas por el constituyente en sí mismo evitan los ejercicios de creación jurisprudencial de derechos, siendo el precedente un refuerzo para las posibles desviaciones en que pudiese incurrir el juez constitucional.

En todo caso, autores como BERNAL 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 concreta, sino sobre todo en el nexo semántico interpretativo que las une a la disposición.”¹⁵⁴⁹

El uso del precedente debe ser usado para brindar coherencia al sistema jurídico, ofreciendo una solución jurídica a un caso futuro, donde la decisión judicial será una regla de aplicación a un caso futuro que evita los cambios informales por parte de los poderes constituidos.¹⁵⁵⁰

Sin lugar a duda, 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 formulas 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.¹⁵⁵¹ 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 auto concesión de competencias por parte de los jueces constitucionales. En este punto se destaca:

¹⁵⁴⁹ BERNAL, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op, cit, pp. 213-214

¹⁵⁵⁰ DA ROSA, (2016). *Precedentes judiciales y legislación*, op, cit, p. 34

¹⁵⁵¹ FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, op, cit, p. 52

“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 legítima 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.”¹⁵⁵²

No obstante, el constituyente de 1991 no consagró el carácter vinculante del precedente en su sistema de fuentes, en tanto se le atribuyó un carácter secundario 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 que se sustenta en la idea de ser el 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.”¹⁵⁵³

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

¹⁵⁵² GARCÍA, L. (2013). “¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-292 de 2006.

interpretación tendiente a forjar un activismo judicial en cabeza de los jueces constitucionales a través de la auto atribución de funciones dentro del sistema jurídico, permitiendo que las decisiones interpretativas de los jueces se conviertan en verdaderos actos constituyentes cuando se reflejan ejercicios de creación, mutación o alteración de los significados de la Constitución.¹⁵⁵⁴ En todo caso, la ausencia de límites a los jueces al momento de interpretar los enunciados constitucionales, como el carácter vinculante de su precedentes, posibilitan la asunción del tribunal constitucional como aparente poder soberano, en tanto que se trata de un poder que dicta normas, pero que no queda sometido a las mismas, evocando una suerte de absolutismo judicial.¹⁵⁵⁵

De una u otra manera, la auto declarada fuerza normativa del precedente implica una subversión a la voluntad popular y del principio de supremacía de la Constitución, en tanto permite que los jueces reconfiguren las jerarquías normativas dentro del sistema jurídico y también, 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, como la independencia judicial.¹⁵⁵⁶ Sin embargo, el precedente constitucional como fuente del derecho deberá ser legitimado desde dos aspectos centrales, un aspecto eminentemente formal y otro material, que propenda por controlar la producción de normas contrarias a los fines pregonados por este y teniendo como fin ulterior la defensa de la voluntad del poder constituyente plasmada en el texto constitucional.

En este sentido, conviene señalar como el uso del precedente sin reglas claras respecto de su aplicación implica: (1) un direccionamiento ilegítimo de la capacidad normativa de los demás órganos de creación normativa; (2) la ruptura del principio democrático y de separación de poderes ante el desvanecimiento de la función judicial de la legislativa e incluso constituyente; (3) la ruptura del principio de soberanía popular debido a la aparente producción de normas constitucionales por parte de los tribunales constitucionales; y (4) el carácter ilimitado de los tribunales constitucionales.

En este sentido, el precedente debe abandonar fórmulas de índole neoconstitucionalistas, como la ponderación para la modificación de las reglas jurisprudenciales, esto a fin de limitar

¹⁵⁵⁴ BERNAL, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op, cit, p. 155.

¹⁵⁵⁵ GARCÍA AMADO, J. (2009). “Controles descontrolados y precedentes sin precedente”, op, cit, pp. 347 y ss.

¹⁵⁵⁶ BERNAL, C. (2005). *El derecho de los derechos*, op, cit, p. 218.

la capacidad del intérprete sustituto en la modificación de las reglas jurisprudenciales aplicables a determinados enunciados normativos.¹⁵⁵⁷ Con ello, desde una dimensión cualitativa no se eliminaría plenamente las capacidades creativas de los jueces, sin embargo, al menos desde un plano cuantitativo sus capacidades normativas se ven fuertemente reducidas, en razón a que 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 limitan los ejercicios de ponderación que amplifican los poderes de los jueces en detrimento de la voluntad popular.

En cualquier caso, la fijación de criterios de interpretación se encuentra guiados a 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 contra mayoritarias 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.¹⁵⁵⁸

De esta forma, el precedente debe poseer un conjunto de reglas irrestrictas que limiten la actividad normativa del juez constitucional, constituyéndose en un núcleo duro que limita su modificación por parte de los jueces. Sin embargo, a su vez el precedente deberá ser flexibilizado ante la capacidad normativa del pueblo como poder soberano, eliminado cualquier tipo de restricción a las decisiones tomadas por el constituyente a través de su capacidad normativa y medios institucionales.

Bajo este panorama, quisiera utilizar el concepto de controles intraorgánicos utilizado por LOEWENSTIEN como herramientas que permiten controlar el poder de una autoridad desde su interior, siendo controles horizontales a sus competencias constitucionales.¹⁵⁵⁹ De esta forma, consideramos que pueden darse tres controles intraorgánicos que permiten controlar el precedente judicial y sus peligros.

¹⁵⁵⁷ BERNAL, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, op. cit., p. 164.

¹⁵⁵⁸ LÓPEZ, D. (2006). *El derecho de los jueces*, Editorial Temis, Bogotá, pp. 319 y ss.

¹⁵⁵⁹ LOEWENSTEIN, K. (1979). *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 232-235.

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, contrariando cualquier tesis que atribuya una faceta mayoritaria a la labor que realizan los jueces constitucionales. Así las cosas, una vez establecido un precedente judicial, su cambio no pueden darse bajo mayorías simples dentro de la Corporación, sino que el constituyente deberá establecer en el texto jurisprudencial un numero cualificado para la modificación, reforzando la faceta cognitivista de la interpretación y debilitando el espectro decisional del tribunal constitucional.
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 sí es su deseo active los mecanismos democráticos implantados por la Constitución para definir sus significados, promoviéndose el cambio a través de las vías formales y a su vez, 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, entregando la posibilidad a que sea el pueblo como poder soberano el encargado de definir el asunto en cuestión.
3. La petrificación del precedente de manera temporal, 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 termino previsto por el constituyente un cambio en el precedente bajo la regla segunda.

4.4.7. La supremacía del principio democrático y de separación de poderes: Una constitución para el desarrollo democrático.

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 bajo este postulado ontológico.

GASCÓN ha señalado dos concepciones de Constitución, una en que la esta orienta 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 límites a sus competencias, deba ser repensado. De esta forma, la continuidad de

este paradigma conlleve a que el juez constitucional adquiere una función creativa dentro ordenamiento jurídico permitiendo la asunción de una ideología dinámica y evolutiva de la interpretación. Al respecto sobre este modelo GASCÓN señala:

“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.”¹⁵⁶⁰

Un segundo modelo, prefijara 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 ocasionadas dentro del sistema jurídico y por el contrario, lo que pretenderá será establecer reglas para que dichos conflictos sean resueltos por las vías democráticas, a través del legislador democrático.¹⁵⁶¹

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 de la norma bajo el escenario interpretativo en que se dio dicha creación.

¹⁵⁶⁰ GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *Los argumentos de la interpretación. Algunas cuestiones fundamentales*, op, cit, pp. 274-275.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 275.

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 le juez constitucional modifica de manera antidemocrática los sentidos de las Constitución.¹⁵⁶²

4.5. 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 llevo a que las concepciones democráticas fueran reforzadas a partir de tesis guiadas al constitucionalismo popular, siendo el ultimo una profundización del primero. Vale poner en evidencia como el constitucionalismo democrático tiene dos componentes que al parecer podrían ser contradictorios entre sí, pregonando el carácter ilimitado de la voluntad popular y la existencia de límites a esa voluntad.¹⁵⁶³ 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 la Constitución. No puede perderse de vista como el NCL guarda una estrecha relación con la reconvención de Estado mismo que plantea cambios sustanciales en la legitimidad del poder y las construcciones sociales desde la soberanía popular, siendo el pueblo el protagonista principal del constitucionalismo.¹⁵⁶⁴

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 de la Constitución. De este modo, el pueblo no puede limitarse únicamente al momento de la creación de la Constitución, sino que existirán momentos de la vida constitucional que deba interpretar la Constitución, teniendo la potestad de desarrollar su poder de reforma, pero además definir los sentidos de la Constitución.

¹⁵⁶²*Ibid.*, pp. 274-275

¹⁵⁶³ GARGARELLA, R. (2015), "Constitucionalismo vs democracia", en FABRA J, y RODRIGUEZ, V. (Ed). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, UNAM México, pp. 1991- 2010.

¹⁵⁶⁴ INSIGNARES, S. (2013). *Integración latinoamericana: su construcción jurídico -política*. Tesis Doctorado "La Europa de las libertades", Universidad de Valencia, pp. 519- 520

Sin embargo, es conveniente diferenciar el populismo constitucional del constitucionalismo popular, en cuanto el primero lleva a una extrema tensión los límites institucionales impuestos a fin de garantizar el clamor popular, desconociendo cualquier procedimiento previamente establecido por el constituyente. Mientras que el constitucionalismo popular intenta acercar al pueblo a la Constitución a través de mecanismos institucionales previamente establecidos, indagando que el pueblo como sujeto plural pueda dar sentido a los enunciados normativos dispuestos en la Constitución.¹⁵⁶⁵ 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.¹⁵⁶⁶ Bajo esta doctrina se permite armonizar conceptos en apariencia contradictorios como lo son democracia y constitucionalismo.

Ahora bien, la interpretación de la Constitución surge como el punto más tensionante en la relación de 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 señala que la indeterminación propia del lenguaje conlleva que cada intérprete escoja de manera subjetiva los sentidos de la Constitución,¹⁵⁶⁷ reclamando una visión escéptica de la interpretación que postula una faceta decisional de la interpretación judicial. Del mismo modo, NAVARRO pregona que en la interpretación intervienen sujetos que aportan su significado propio a las disposiciones normativas, tendiendo cada uno de estos una precompresión al momento de realizar el ejercicio hermenéutico.¹⁵⁶⁸

No obstante, como ya vimos es posible controlar o limitar la interpretación de los tribunales constitucionales a partir de límites internos conforme 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 aún limitados por criterios hermenéuticos señalados por el poder soberano pueden incurrir en una

¹⁵⁶⁵ TRIPOLONE, G. (2019). "Constitucionalismo popular y Estado de derecho", en *Revista RYD Republica y Derecho*, 4, p. 6.

¹⁵⁶⁶ *Ibid*, pp. 6-7.

¹⁵⁶⁷ KENNEDY, D. (2012). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. MORO, Buenos Aires, p. 104.

¹⁵⁶⁸ NAVARRO, P. (2005). "Acerca de la inevitabilidad de la interpretación", *Isonomía*, 22, pp. 99-112.

interpretación “incorrecta”, ya sea por su propia precompresión o por la inaplicación de las directivas en la desesperada necesidad de ampliar sus poderes. Es como el pueblo siempre tendrá la posibilidad de interpretar la constitución y ser última palabra en materia constitucional, ello tanto desde un factor político como jurídico, sirviendo los postulados del constitucionalismo popular como fundamentos 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 que las Constituciones del NCL establecen de forma directa la soberanía del pueblo en sus articulados, véase el caso colombiano conforme lo establecido por el artículo 3° del texto político.

Es como el constitucionalismo popular afirma la existencia del conflicto en torno a los significados de derechos e invita a los mismos sean resueltos de la manera más democrática posible, situación que dista de modelos constitucionales de índole liberal que dejan la resolución del conflicto en manos de un tribunal constitucional.¹⁵⁶⁹ 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, ello a 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 la última palabra en materia interpretativa, más aun siendo intérpretes sustitutos, recalcando que el intérprete auténtico en cualquier momento puede recobrar su capacidad soberana,¹⁵⁷⁰ lo anterior teniendo en cuenta que el acto de decisión del poder constituyente no se circunscribe únicamente al acto de creación del texto constitucional.¹⁵⁷¹

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 interprete. De este modo, la interpretación constitucional por parte del pueblo no puede estar limitada a 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.¹⁵⁷² Por ello, esta doctrina busca limitar los

¹⁵⁶⁹ TRIPOLONE, G. (2019). “Constitucionalismo popular y Estado de derecho”, en *Revista RYD Republica y Derecho*, 4, p. 9.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁵⁷¹ SCHMIT, K. (1996). Teoría de la Constitución, *op. cit.*, pp. 99-100

¹⁵⁷² NIEMBRO, R. (2013). “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Isonomía*, 38, pp. 197-198

escenarios interpretativos de los tribunales constitucionales, aduciendo que el carácter principal de los textos constitucionales conllevan a la politización de la justicia. Desde 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 como la presencia de otros escenarios de deliberación que inclusive resultan ser más democráticos.¹⁵⁷³ Por eso el Constitucionalismo popular centra su atención en el pueblo como primer interprete del texto constitucional.

En el ámbito latinoamericano, GARGARELLA señala como 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 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 pueda 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) explica el derecho fuera del derecho, concibiendo que muchas veces los cambios de la normatividad constitucional obedece a los mismos cambios sociales, siendo el pueblo el encargado de promover las modificaciones constitucionales; (6) la necesidad de impulsar la democracia y participación popular que permita el autogobierno del pueblo como forma de garantizar su soberanía.¹⁵⁷⁴ 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 el beneficio del ciudadano y deben ser ellos quienes decidan frente a ellas, teniendo como medios procesos participativos y deliberativos en donde hay un menor riesgo de que la mayoría se equivoque.

En síntesis, como indica RINCON los postulados del constitucionalismo popular se encuentran sustentados en la idea de que es el pueblo el creador de la Constitución, aquel que hace cumplir la misma, el encargado de interpretarla, son sus interpretaciones obligatorias por ser la única autoridad que no puede ser apelada, estando en cualquier caso

¹⁵⁷³*Ibid.*, pp. 201- 202

¹⁵⁷⁴ GARGARELLA, R. (2006). “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre the people themselves, de Larry Kramer”, Revista de libros de la Fundación Caja de Madrid, pp.15- 18.

las interpretaciones institucionales subordinadas a la revisión por parte del pueblo.¹⁵⁷⁵ 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 permanente a la interpretación constitucional realizada por los actores institucionales, retomando un modelo de democracia deliberativa que entiende la Constitución como un proyecto inconcluso que se abastece del permanente conflicto y entiende la naturaleza política de la Constitución.¹⁵⁷⁶

4.7.1. Algunas versiones del Constitucionalismo popular.

Inicialmente, NIEMBRO presenta una clasificación que distingue el constitucionalismo popular democrático del mediado; así en primer lugar, el constitucionalismo popular democrático se fundamenta en el activismo popular, donde el pueblo reclama determinado significado de la Constitución, siendo el pueblo un colaborador de la construcción de los significados del texto constitucional, permitiendo un mayor fortalecimiento y legitimidad de los tribunales constitucionales. De esta forma, para POST y SIEGEL los jueces son necesarios a 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 verdaderos autores del derecho.¹⁵⁷⁷ Es por esto que se pregona por 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.¹⁵⁷⁸

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, enfocándose su análisis en la forma de elección de los jueces. Por eso, debe recurrirse a formas mayormente democráticas para su elección a fin de que las decisiones del tribunal

¹⁵⁷⁵ RINCÓN, J. (2008). “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, en *Vniversitas*, 115, p. 125.

¹⁵⁷⁶ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op. cit.*, pp. 253-274.

¹⁵⁷⁷ NIEMBRO, R. (2013). “Una mirada al constitucionalismo popular”, *op. cit.*, pp. 204- 205

¹⁵⁷⁸ *Ibid*, pp. 206-208

reflejen la decisión de la mayoría política, siendo las decisiones judiciales, decisiones mediadas.¹⁵⁷⁹ Al respecto señala FRIEDMAN:

“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 los tribunales están al corriente de la opinión popular y toman cuenta de ella.”¹⁵⁸⁰

No obstante, de lo dicho es difícil creer que en la totalidad de las ocasiones las decisiones adoptar por un tribunal reflejan las decisiones de una mayoría popular en la forma de interpretar la Constitución, más bien se acoge el presupuesto que el tribunal constitucional al momento de resolver un asunto acoge el criterio de uno de los grupos en disputa, empero este grupo no siempre representa la mayoría dentro de una sociedad.¹⁵⁸¹

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 propone 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 tiene la capacidad de modificar la Constitución, básicamente porque resulta ser un poder constituido el que modifica el texto constitucional.¹⁵⁸²

Por otra parte, el constitucionalismo popular también puede ser clasificación 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.¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁹ *Ibid*, pp. 213- 215

¹⁵⁸⁰ FRIEDMAN, B. (2005). “Constitucionalismo popular mediado”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, pp. 125-126.

¹⁵⁸¹ NIEMBRO, R. (2013). “Una mirada al constitucionalismo popular”, *op, cit*, pp. 2013- 215.

¹⁵⁸² POST, R y SIEGEL, R. (2017). La ira de ROE: El constitucionalismo democrático y el contraataque conservador (Backlash), en *UNA revista de Derecho*, p. 2.

¹⁵⁸³ RINCÓN, J. (2008). “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, en *Vniversitas*, p. 115.

En primer momento sobre el desarrollo de algunas ideas constitucionalismo popular moderado señala que es necesario superar la visión de supremacía judicial a cargo de la Corte Constitucional por un modelo que acerque a los actos 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 de la Constitución, en tanto la Corte Constitucional no perderá su naturaleza de intérprete, pero siempre limitado por el pueblo. Esto se logra amplificando los escenarios de participación popular en los diseños constitucionales. En todo caso, autores como PEÑA señala 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, pero del mismo modo atendiendo al interés general mayoritario.¹⁵⁸⁴ 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.¹⁵⁸⁵

De este modo, modelos de democracias contestatarias permiten una convergencia entre lo individual y lo colectivo, permitiendo promover individualmente las decisiones de todos los sectores del gobierno, pero también asegurando la autoridad interpretativa en la ciudadanía. Promoviendo que el pueblo ya no sea autor de las decisiones interpretativas, sino editor de las mismas. Un modelo contestatario para nada elimina la capacidad interpretativa de los tribunales constitucionales, sino que busca disputar la interpretación última, constituyéndose el Tribunal constitucional en intérprete único, siempre que la ciudadanía así lo quiera.¹⁵⁸⁶ 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.”¹⁵⁸⁷

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

¹⁵⁸⁴ PEÑA, D. (2013). “Constitucionalismo popular contestatario”, en *Isonomía*, 38, p. 228

¹⁵⁸⁵ *Ibid*, p. 236.

¹⁵⁸⁶ *Ibid*, pp. 237-238.

¹⁵⁸⁷ *Ibid*, p. 240

al ciudadano al 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 con la supremacía judicial, estableciendo una relación entre el juez constitucional y el pueblo a la hora de interpretar la Constitución.¹⁵⁸⁸

Una visión moderada del constitucionalismo popular no entiende que el pueblo sea el único interprete de la Constitución, sino que el mismo funge como un límite a la función interpretativa de los jueces, lo que permite anular las decisiones 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.¹⁵⁸⁹

Un constitucionalismo popular robusto que 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.¹⁵⁹⁰

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 la cual toda norma para ser aceptada tiene que ser objeto de la voluntad y decisión del pueblo.¹⁵⁹¹

Y finalmente, un constitucionalismo popular expresivo que busca que el pueblo se integre al tribunal constitucional a través del dialogo constante en su labor interpretativa, pero siempre la decisión del alcance y significado de la Constitución estará en manos del tribunal.¹⁵⁹²

Podría decirse que el constitucionalismo popular trae como principal crítica un fuerte peligro a la demagogia y la voluntad de las mayorías que rompería con un ejercicio de democracia sustancial, privilegiando un modelo de democracia procedimental. De una u otra manera,

¹⁵⁸⁸ RINCÓN, J. (2008). “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, *op. cit.* p. 126

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, pp. 125-126

¹⁵⁹⁰ *Idem.*

¹⁵⁹¹ *Idem.*

¹⁵⁹² *Idem.*

una visión liberal y aristocrática europea intenta limitar el poder popular a partir de la idea de la defensa y protección de los derechos fundamentales.¹⁵⁹³ No obstante, una visión en clave de poder constituyente requiere que sea el pueblo como autoridad soberana en quien derive el sentido final de la Constitución, más aún cuando el NCL surge como una reacción a la garantía de derechos sociales y 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 dejó de ser política en el sentido más amplio del término, y paso a ser un asunto exclusivamente jurídico depositado en manos de especialistas.¹⁵⁹⁴

4.7.2. 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.¹⁵⁹⁵ Además, desde un punto de vista político sería este el único poder soberano de modificar la Constitución. Esto a su vez implica estar en contra de una sensibilidad anti-popular que desprecia la democracia y la regla de la mayoría.¹⁵⁹⁶ En todo caso, se hace necesario impulsar en mayor medida la democracia y la participación ciudadanía para amplificar el poder de autodeterminación del pueblo y la soberanía popular como manifestación propia del poder constituyente.¹⁵⁹⁷ En todo caso:

¹⁵⁹³ GONZÁLEZ, J. (2011). “Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la Constitución de la política pública y constitucional del bien común?”, en *Vniversitas*, 123, pp. 176-178

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, pp. 192- 193.

¹⁵⁹⁵ FLÓREZ, D. (2012). “Aproximación al constitucionalismo popular”, en *Cognitio Juris*, 4, p. 35

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 35

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 36

“(...) 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.”¹⁵⁹⁸

No obstante, donde se difiere de las ideas del constitucionalismo popular será en algunos de sus mecanismos procedimentales para encauzar la participación popular, ello 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 la variación en las relaciones de poder entre la sociedad y los gobernantes, otorgando la posibilidad de los excluidos en un momento, sean actores principales dentro de las decisiones políticas.¹⁵⁹⁹ 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 concreta la voluntad popular, pero conservando con el constitucionalismo popular la necesidad de permitir una interpretación extrajudicial de la Constitución y el reconocimiento de instrumentos que promueve la participación del pueblo en la vida institucional.¹⁶⁰⁰

Resulta interesante plantear lo dicho por GARGARELLA en tanto resalta como ante las ambigüedad, vacíos y omisiones de la Constitución, los tribunales constitucionales terminan sustituyendo la voluntad popular.¹⁶⁰¹ 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,¹⁶⁰² pero a su vez protegiendo los derechos de las minorías. Así mismo, en el desarrollo constitucional el juez constitucional

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 37

¹⁵⁹⁹ ZAMORA, F. (2018), “Menos Habermas y más realpolitik ¿qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones?”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, pp. 30-35

¹⁶⁰⁰ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op. cit.*, pp. 278.

¹⁶⁰¹ GARGARELLA, R. (2016). “Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución”, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁰² Al respecto indica HENRÍQUEZ: La Constitución procedimental pretende regular estructuras y procesos generales que aseguren la participación política y el ejercicio del poder para una adecuada toma de decisiones, en las que se involucren todas las partes implicadas.

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 un modelo de Constitución como el NCL no puede sustentarse en una mera doctrina de la democracia representativa,¹⁶⁰³ sino requiere de mecanismos que integren la decisión popular a los contantes acontecimientos 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, 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 a 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 otrora, 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 busca 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 a la ontología del NCL, en tanto se entienda al pueblo como poder soberano con capacidad de modificar la Constitución a las dinámicas sociales, económicas y políticas; por el contrario, una ideología originalista de la interpretación en cabeza de los jueces, busca limitar la capacidad interpretativa del pueblo, lo que termina impidiendo la modificación de la Constitución por los cánones democráticos.

¹⁶⁰³ ELY, J. (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Siglo Hombro de Editores, pp. 102 y ss.

En cualquier caso, las teorías originalista y evolutivas de la interpretación terminan siendo dos caras de una misma moneda, dependerá entonces del interprete autorizado de la Constitucional. Al respecto señala CHAUX:

“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 tienen 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 Constitucional 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.”¹⁶⁰⁴

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 el texto.¹⁶⁰⁵ Esto sin lugar a dudas permite la construcción de decisiones colectivas de naturaleza horizontal, siendo una fórmula que se rebela contra las clásicas formas de participación política.¹⁶⁰⁶

Ahora bien, en textos constitucionales como los del NCL con Constituciones tan extensas en su articulado intentan solucionar aspectos coyunturales que hacen proclive el texto a cambios y modificaciones. No obstante, debemos ser enfáticos en como el cambio deberá darse por el pueblo a través de mecanismos democráticos, inclusive contando con su participación directa, entendiendo la imposibilidad que sea un poder constituyente derivado quien aplique las reformas, situación contraria a la noción de poder constituyente. De este

¹⁶⁰⁴ CHAUX, F. (2020). *Adiós a la Constitución ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?* 2 ed. Editorial Temis, Bogotá. p. 265

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 203.

¹⁶⁰⁶ RAMÍREZ, A. (2016). “Participación ciudadana e interpretación de la Constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, 37, pp. 175-176.

modo es que se genera una distinción entre el poder constituyente y los poderes derivados, fijándose competencias para la modificación, alteración o sustracción de determinados tipos de norma, 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, es un texto imperfecto sujeto a constantes modificaciones según las necesidades populares. En todo caso, si el constituyente hubiese querido que el texto constitucional fuese un texto inmodificable, hubiera 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.”¹⁶⁰⁷

Una idea de constitucionalismo vivo implica que en la 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 a 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 a partir de una motivación ideológica y técnica; la necesidad de decisión de implementación de las políticas públicas y las consecuencias en la organización y conformación social.¹⁶⁰⁸

Esto es entendido a partir de una motivación ideológica y técnica, en donde el sujeto colectivo actúa a partir de un antagonismo estructural contra el sistema, llevando a que ideológicamente la participación politice los ámbitos de escasez social para crear nuevas

¹⁶⁰⁷ CHAUX, F. (2020). *Adiós a la Constitución ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*, op. cit., p. 206.

¹⁶⁰⁸ NOGUERA, A y NAVAS, M. (2016). *Los nuevos derechos de participación en Ecuador ¿derechos constituyentes o derechos constitucionales*, op. cit. pp. 51- 54.

realidades; mientras que técnicamente la participación popular busca corregir las desviaciones propias de la democracia representativa.¹⁶⁰⁹

En un segundo momento, la necesidad de participación e implementación de las políticas públicas dentro de un Estado a partir de una construcción democrática de las mismas. 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 ayudan a autogestionar las necesidades de los ciudadanos, permitiendo la integración de la voluntad popular a las decisiones estatales.¹⁶¹⁰

En tercer lugar, 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, rompiendo con asimilación del Estado con el gobierno.¹⁶¹¹ No cabe duda de que como preceptúa GODOY, la Constitución como pacto fundamental entre los hombres requiere de que sea el mismo pueblo el que interprete y concrete los contenidos constitucionales. Esto de ninguna manera implica que los jueces no puedan y les sea vedado aplicar e interpretar la Constitución, sino, 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,¹⁶¹² teniendo como principal medio 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.¹⁶¹³ Con todo, y que al NCL se le haya intentado atribuir una connotación populista negativa bajo la defensa de un modelo de democracia sustancial, no cabe duda que si se trata de un verdadero constitucionalismo popular, en donde se llama al ejercicio directo de la ciudadanía para cada vez que sea necesario romper las estructuras

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 52- 53.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 56-59

¹⁶¹² GODOY, M. (2016). "Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía constitucional: posibles lecciones para Brasil", en GARGARELLA, R Y NIEMBRO, R. *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, p. 168.

¹⁶¹³ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). "El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo?", *op. cit.*, p. 12

previamente construidas e iniciar un nuevo orden.¹⁶¹⁴ No cabe duda que se hace necesario reforzar un fomento de democracia deliberativa y participativa que integre múltiples mecanismos de participación ciudadana en la que las decisiones populares evitando la centralización del poder en cabeza de los poderes constituidos.¹⁶¹⁵

Una visión como la que se defiende de ninguna manera busca eliminar el control de constitucionalidad a las normas infra constitucionales, sino que busca generar límites a los tribunales constitucionales, como 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, deberán los jueces 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 del pueblo, entendiendo la importancia de incorporar al ciudadano a las resoluciones que afectan sus condiciones de vida.¹⁶¹⁶ 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,¹⁶¹⁷ la consecución de un interés general¹⁶¹⁸ y un instrumento para lograr mayor eficiencia política,¹⁶¹⁹ sin embargo, ha hecho también fijado sendos límites a las decisiones populares, ha relegado los mecanismos de participación democrática a ser un complemento, incluso un apéndice de la democracia representativa.¹⁶²⁰ Lo anterior dista, de una concepción fuerte del principio de soberanía popular y del poder constituyente, reduciendo el elemento participativo y decisor del pueblo como último interprete. Por eso como bien indica RAMÍREZ 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

¹⁶¹⁴ BARQUERIZO, J. (2016). "El poder constituyente como estrategia: la búsqueda de plenos poderes en el nuevo populismo latinoamericano", en *Ins Fvgit*, 19, p. 325.

¹⁶¹⁵ MATEOS, J. (2022). "Luces y sombras del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde una perspectiva neoconstitucionalista", *op. cit.*, p. 437.

¹⁶¹⁶ RAMÍREZ, A. (2016). "Participación ciudadana e interpretación de la Constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa", *op. cit.*, pp. 183-185

¹⁶¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU- 1122 de 2001.

¹⁶¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T- 1182 de 2001.

¹⁶¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-637 de 2001.

¹⁶²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010; T-350 de 2014; C- 150 de 2015.

protección de las minorías y no como herramienta de interpelación a los poderes constituidos.¹⁶²¹

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,¹⁶²² de una u otra manera ha sido una forma de coartar la capacidad emancipatoria y transformadora del poder constituyente.¹⁶²³ Por ello, sea 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 como un diseño institucional que facilite la activación de los mecanismos de participación ciudadana, previendo un conjunto de reglas predisuestas por el constituyente para 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 y finalmente, un mecanismo para el reforzamiento y profundización de la democracia en Latinoamérica.¹⁶²⁴ No podemos olvidar como las constituciones del NCL nacen a partir de la activación directa del poder constituyente, retomando su visión clásica,¹⁶²⁵ siendo esta la ontología que debe guiar el desarrollo constitucional.

4.7.3. Reforma constitucional como control a la interpretación constitucional y mecanismos de participación: Promoviendo su práctica y eliminando sus controles.

Ahora bien, es importante contemplar a la reforma constitucional como un mecanismo de diálogo en el NCL, pero que deberá ser de fácil activación popular y flexible a las dinámicas

¹⁶²¹ RAMÍREZ, A. (2016). “Participación ciudadana e interpretación de la Constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa”, *op, cit*, pp. 187-188.

¹⁶²² MARTÍNEZ DALMAU, R. (2018). “¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?”, *op, cit*, p. 150.

¹⁶²³ MARTÍNEZ DALMAU, R. (2022). “La condición monstruosa: la construcción del concepto formal”, *op, cit*, pp. 379- 385.

¹⁶²⁴ RAMÍREZ, A. (2016). “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?”, *Vniversitas*, 132, p. 382.

¹⁶²⁵ VICIANO, R Y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, 25, pp.17.

populares. Por otra parte, se pueden dar controles intrasistemicos como lo son el caso de Canadá, Sudáfrica e incluso, 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 a fin de brindar verdaderas posibilidades de dialogo democrático entre los actores y dar una decisión con un margen mayor de legitimidad.¹⁶²⁶ Bien señala LASSA como la reforma constitucional es un mecanismo necesario para evitar que las constituciones se conviertan en meros textos nominales, es decir, un componente actualizador de los enunciados normativos, pero a su vez, como medio de clarificación de algunos preceptos constitucionales que requieren formulaciones más precisas para el desarrollo y garantía de los derechos.¹⁶²⁷

De este modo, la reforma como mecanismo de cambio constitucional por las vías democráticas no podría ser sujeto de control de constitucionalidad, en tanto que sería 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 sería retornar al viejo constitucionalismo latinoamericano de índole fundacional con una visión restriccioncita de la participación popular que se fundamenta en un régimen de democracia representativa.

En todo caso, VELEZ contempla la posibilidad de acudir a un modelo dualista, donde la Corte Constitucional desempeñe el papel de intérprete de la Constitución, pero que a su vez la ciudadanía o el pueblo pueda participar en ella. 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.¹⁶²⁸ De esta manera, el disenso entre las decisiones de los tribunales constitucionales y el pensar de la ciudadanía frente a un ejercicio interpretativo resulta ser sano en un modelo que privilegia la soberanía popular, en tanto que permite al pueblo activar los procedimientos de cambio constitucional, derogando las interpretaciones de los Tribunales constitucionales, asumiendo el pueblo un verdadero rol

¹⁶²⁶ ÁLVAREZ, R. (2016). Tareas pendientes para un constitucionalismo popular latinoamericano, en *Revista jurídica de San Andrés*, 3 (2), p. 20.

¹⁶²⁷ LASSA, A. (2019). “La desnormativización constitucional del Estado social de derecho. La contrarreforma silente”, en *Revista Valenciana de Estudios autonómicos. Propuestas de reforma constitucional. Una visión desde la Comunitat Valenciana*, pp. 153.

¹⁶²⁸ VÉLEZ, P. (2020). *Límites a la Corte Constitucional: una aproximación al constitucionalismo popular moderado*, op, cit, p. 169.

de poder constituyente que impide que la reforma pueda ser limitada por los tribunales constitucionales.¹⁶²⁹

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 adaptar las mismas 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 el órgano de revisión tiene la connotación de actualizar, adicionar o modificar la obra constitucional.¹⁶³⁰ No obstante, en el NCL deba ser una máxima del diseño institucional que solo le sea posible al poder constituyente modificar el texto constitucional, por ello que se desconozcan nociones como la del poder constituyente derivado, entre tanto el pueblo siempre desarrolla un poder constituyente de carácter permanente.

En este punto quisiera señalar como 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 el texto constitucional actualizado a las dinámicas sociales, económicas y políticas. Por eso, no siempre son los jueces la última instancia interpretativa del texto constitucional, entre tanto el poder constituyente como órgano de revisión puede incluir nuevas normas, amplificar los alcances de estas o precisar los contenidos constitucionales,¹⁶³¹ 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 se pueden constituir 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 reformativos de la Constitución ha llevado a una expansión de los poderes de los tribunales constitucionales en detrimento de otros órganos con mayor capacidad representativa, sustentado su actuar en la

¹⁶²⁹ RINCÓN, J. (2008). “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, en *Vniversitas*, 115, p. 129.

¹⁶³⁰ CARPIZO, J. (2009). *El tribunal constitucional y sus límites*, op. cit., pp. 36-37.

¹⁶³¹ *Ibid.*, pp. 37-38

idoneidad y formación de sus integrantes,¹⁶³² 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 inasrrestable 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.”¹⁶³³

Ahora bien, es necesario que la misma Constitución establezca jerarquías autoritativas que impida que un órgano constituido pueda conocer de la posibilidad de reforma de la Constitución. En este caso, CARPIZO señala que los tribunales constitucionales solo pueden conocer de los aspectos formales de la reforma, entre tanto, el conocimiento de un aspecto material implicaría controlar la decisión del poder constituyente, el cual no tiene límites jurídicos; conlleva una superioridad del tribunal constitucional frente pueblo, usurpando funciones que le corresponden al constituyente; se convertirá en un poder ilimitado; se desconocería el sistema democrático en la que se sustenta todo el ordenamiento jurídico; el conocimiento de una reforma no tiene un estándar objetivo para declarar su inconstitucionalidad; se estaría obstaculizando el cambio por las vías pacíficas.¹⁶³⁴

ALTERIO manifiesta que el modelo de legitimidad del NCL se ancla en un paradigma 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 que no les importa el concepto de soberanía.¹⁶³⁵ 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.¹⁶³⁶ De este modo, el NCL necesita de la reforma como mecanismo que permite la actualización del texto constitucional a las dinámicas sociales, teniendo un especial componente transformador de la realidad a través de los mecanismos democráticos. No obstante, los poderes constituidos han intentado limitar los escenarios democráticos de cambio constitucional, obstaculizando las capacidades de modificación de los contenidos

¹⁶³² PEGORARO, L. (1999). “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 240- 241

¹⁶³³ *Ibid.*, p. 241

¹⁶³⁴ CARPIZO, J. (2009). *El tribunal constitucional y sus límites*, *op. cit.*, pp. 85- 86.

¹⁶³⁵ ALTERIO, A. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y sus implicaciones políticas e institucionales*, [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid] p. 388.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, p. 389

constitucionales y asumiendo una función de intérprete, generando barreras para el pueblo como poder constituyente, acercándose con ello a un modelo de democracia sustancial. Sin lugar a dudas, 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 unos 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 integra diversos mecanismos de participación ciudadana. De esta forma, el NCL busca que el poder constituyente subsista más allá del momento de creación popular, defendiendo que sea un poder permanente. De esta forma, es importante señalar como la noción de poder constituyente empleada en el NCL no admite cotos vedados o cláusulas inmodificables; del mismo modo, el modelo del NCL en teoría busca amplificar el acceso a la justicia constitucional a los ciudadanos.¹⁶³⁷ Por lo mencionado es que 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, incorporando 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.¹⁶³⁸

4.7.3.1. El carácter no judicial de las reformas constitucionales: una cuestión del diseño institucional.

A pesar de que en la jurisprudencia de la CCC haya elaborado toda una línea jurisprudencial tendiente a controlar los actos reformativos de la Constitución, es menester plantear una alternativa a esta metodología, poniendo de presente la capacidad absoluta e ilimitada del poder constituyente. Vale indicar como 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 los mecanismos en donde el pueblo modifica

¹⁶³⁷ ALTERIO, A. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y sus implicaciones políticas e institucionales*, op, cit, p. 392.

¹⁶³⁸ OVARE, C. (2021). “Los mecanismos de participación ciudadana para el cambio constitucional en América Latina como potenciadores de la democracia”, en *Latín American Review*, 9, pp. 56-57.

la Constitución también sean limitados desde un punto de vista sustancial, amplificando sus competencias a 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 en un límite al carácter jurídico de la CCC. En este punto es importante señalar tres tesis alrededor del control de constitucionalidad de las reformas teniendo como referencia lo dicho por HARO.

En primer lugar, se podrá dar una tesis ecléctica que aboga tanto por una tesis positiva o negativa, siendo admisible o no que un órgano constituido conozca del control a las reformas de la Constitución por parte del poder constituyente. No obstante, la respuesta positiva o negativa de la justiciabilidad de la reforma, dependerá del tipo de poder constituyente 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 poder constituido, aceptando solo dicha capacidad al pueblo.¹⁶³⁹

En segunda medida, una posición negatoria de la judicialidad de la reforma, mencionando que en cualquier caso (poder constituyente derivado u originario) se trata de un asunto eminentemente político que no es competencia de los tribunales constitucionales.¹⁶⁴⁰ Y en tercera medida, una tesis afirmativa que 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 busca el constituyente formal, siendo la constitución un límite para el mismo poder constituyente.¹⁶⁴¹

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 el mismo debe

¹⁶³⁹ HARO, R. (2012). “La Dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, p. 210

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, pp. 211-212.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, pp. 214-215.

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,¹⁶⁴² 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 un poder ilimitado.

Es de considerar como 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, esto es, tratándose de un poder constituido como el Congreso de la República, el control tiene sentido, en tanto se trata de un poder limitado a la misma Constitución, teniendo el tribunal Constitucional la capacidad de anular estos actos reformativos por desconocer la voluntad popular; mientras que cuando se trata de actos reformativos 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 como la soberanía popular juridificada y materializada a través de mecanismos de cambio constitucional más que limitar al pueblo, se constituyen en una garantía para su libre autodeterminación, asegurando la formación de la voluntad soberana. Al respecto BREWER-CARIAS 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

¹⁶⁴² Véase por ejemplo HERNÁNDEZ, R. (1993): “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”: el poder reformador de la Constitución presenta las mismas características de los poderes constituidos, por lo que esa potestas no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo devolverse dentro del marco que la fija la propia Constitución. De lo anterior se concluye que el órgano encargado de reformar parcialmente la Constitución, al igual que cualquier órgano estatal, se encuentra condicionado y limitado por las normas constitucionales y legales que lo consagran y regulan su ejercicio. Es decir, el órgano encargado de la revisión constitucional este subordinado al orden establecido en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización y funcionamiento” (p. 148), en *El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional*, *op. cit.*

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.¹⁶⁴³

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 encausamiento de la voluntad popular. Es 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 señala como bajo determinados presupuestos una sentencia se constituye en una decisión política, de igual manera ocurre con la reforma.¹⁶⁴⁴ Por esto en el caso de la reforma se hace necesario limitar la intervención del tribunal constitucional sobre cuestiones que atañen a la política, la misma solo puede ser decidida 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 trascendente 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 judicialable.”¹⁶⁴⁵

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

¹⁶⁴³ BREWER- CARIAS, A. (2005). “Sobre la reforma constitucional en una sociedad democrática”. Recuperado de: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/1002.-943.-Sobre-la-reforma-constitucional-en-una-sociedad-democrática-Sto.-Domingo-12-7-2006.pdf>, p. 3

¹⁶⁴⁴ FERREYRA, 2014, “La Corte Suprema de Justicia Argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunales”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, 47, p. 38.

¹⁶⁴⁵ *Ídem*.

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 declarar la misma, lo que permita 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.*”¹⁶⁴⁶

Llevando el problema al control de constitucionalidad a las reformas aplicado por la CCC, el mismo 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 sería reconocer que estos tienen mayor fuerza normativa que incluso las reformas planteadas por el constituyente,¹⁶⁴⁷ lo que se traduce en el atamamiento del poder constituyente por parte del poder constituido. De este modo, BENÍTEZ explica las incongruencias del control de constitucionalidad a 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 guíe 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 otros 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 (...).”¹⁶⁴⁸

Es que incluso en el caso del control de constitucionalidad a las reformas constitucionales la objeción contramayoritaria se convierte en super-contramayoritaria, ya que el mismo tribunal

¹⁶⁴⁶ FERREYRA, G. (2014). “La Corte Suprema de Justicia Argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunales”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁴⁷ BENÍTEZ, V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, *op. cit.*, p. 36

¹⁶⁴⁸ BENÍTEZ, V. (2014). V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, *op. cit.*, p. 37

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.¹⁶⁴⁹

Es por ello que por un efecto práctico en las nuevas estructuras constitucionales que reconozcan el principio de soberanía popular y concepto fuerte de poder constituyente, deberán establecer mecanismos de reforma en donde siempre se requiera la voluntad popular para su decisión, impidiendo que el tribunal constitucional plantee un control de constitucionalidad cualquier tipo de reforma (incluso las populares) bajo el argumento de la teoría de la sustitución y el desconocimiento de la voluntad popular por parte de los poderes constituidos. En este sentido a pesar de que no se comparta las diferencias sustanciales entre reforma y enmienda presentada por COLÓN- RÍOS, si es necesario eliminar algunas formas que se deshacen del poder constituyente como lo son: (1) la mistificación; (2) su desplazamiento; (3) su legalización; y (4) su escondimiento. En el primero de los casos, la mistificación conlleva que la Constitución es enfática en señalar que el pueblo puede modificar esta, cuando así lo desee, pero no dota el ordenamiento jurídico de mecanismos de cambio para ello; el segundo de los casos, el desplazamiento se da cuando a pesar que la Constitución no se consagra el principio de soberanía popular, de facto el régimen parlamentario asume una posición de soberanía del poder legislativo; en tercer medida, la legalización, se tiene que el poder de reforma en cabeza del poder constituido posee mínimos requisitos para su trámite, lo que asimila a estos poderes con el poder constituyente; Finalmente, el escondimiento del poder constituyente se da cuando el poder de reforma es casi ilimitado, pero sus reglas son casi imposible de surtirse.¹⁶⁵⁰

En este sentido, en constituciones como las del NCL cuya creación y nacimiento se da a partir de altos niveles democráticos, puede carecer de legitimidad democrática a futuro según sus diseños institucionales frente a la reforma a la Constitución y sus sujetos, haciendo necesario que no solo la Constitución democrática sea un texto cuya creación deviene del pueblo, sino que además sus mecanismos de reforma sigan la misma suerte.

¹⁶⁴⁹ FEREJOHN, J. (2014). *Deliberative Democratic law*, p. 12-13 citado por CHAUX, F. (2020). Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?, *op. cit.*, p. 8- 9.

¹⁶⁵⁰ COLÓN- RÍOS, J. (2013). *La Constitución de la Democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. pp 146-152.

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 las decisiones que involucran sus necesidades. No obstante, FEREJOHN entiende que la democracia funciona de una 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 y el pueblo.¹⁶⁵¹ De este modo, los tribunales constitucionales no ostentan ningún tipo de responsabilidad política, necesitando justificar sus decisiones desde un panorama interno como externo. En este sentido, internamente los jueces deben justificar con suficientes razones su decisión a fin de que su superior no revoque su providencia; mientras que externamente se hace necesario que los jueces presenten su decisión al público, debiendo ser lo más ajustada a los cánones constitucionales como a los procedimientos y ritualidades que conlleva la decisión. En todo caso, para FEREJOHN solo es posible delegar determinadas funciones a órganos constituidos si se establecen límites claros con las demás funciones de otros poderes.¹⁶⁵²

Internamente los jueces deben emplear las 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 absoluto, 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 formular 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 presuma el comportamiento del legislador sustrayendo la capacidad de reformas la Constitución sea a través del Congreso como órgano de presentación o inclusive del mismo pueblo; en segunda medida, estableciendo vía interpretación constitucional cláusulas pétreas a través de la noción de elemento esencial de la Constitución que impide su modificación, incluso por parte del pueblo y el carácter inmutable del texto.¹⁶⁵³ Así las cosas,

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹⁶⁵² FEREJOHN, J. (2014). *Deliberative Democratic law*, p. 12-13 citado por CHAUX, F. (2020). Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?, *op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁵³ CHAUX, F. (2020). Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?, *op. cit.*, p. 210.

la teoría de la sustitución constitucional que sitúa a la CCC como único y máximo intérprete de la Constitución, paradójicamente implica una teoría originalista de la Constitución frente a los cambios democráticos y legítimos de la Constitución, en tanto impide que la Constitución se adapte a nuevas realidades sociales y dinámicas políticas, sustrayendo cualquier posibilidad de cambio formal, incluso por el propio poder soberano.¹⁶⁵⁴ Esto a su vez privilegia una ideología de la interpretación evolutiva desde los tribunales constitucionales, buscando que solo a través de las decisiones judiciales se amplifique 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 como el poder de reforma es en sí mismo es 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.¹⁶⁵⁵

Destaca CHAUX como la idea de la teoría de la sustitución constitucional conlleva a que se considere que 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.¹⁶⁵⁶ Entender que la Constitución es un texto inacabado, mutable y dinámico implica comprender que en cualquier momento puede ser modificada por el pueblo. La interpretación de los tribunales constitucionales será tendiente a conservar los significados atribuidos por el constituyente a los enunciados normativos, pero a su vez 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 lo anterior, es necesario entender que las constituciones no son perfectas, sino que obedecen a un momento histórico particular, en tanto tiene vigencia según las

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 213.

¹⁶⁵⁵ ROZNAI, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p 214.

¹⁶⁵⁶ CHAUX, F. (2020). *Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*, *op. cit.*, p. 217.

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 interprete 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 las vías democráticas ostenta una legitimidad de la cual la mayoría de los tribunales carece.¹⁶⁵⁷ 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.”¹⁶⁵⁸

No obstante, los límites impuestos a partir de postulados que defienden una supremacía constitucional han sido criticados por la misma jurisprudencia, al menos en la aclaración de voto del magistrado SIERRA PORTO en 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, en tanto que es el mismo tribunal el encargado de seleccionar, definir y aplicar el elemento esencial del texto constitucional.¹⁶⁵⁹ Es por ello que el poder de

¹⁶⁵⁷ Una excepción podría ser el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia dada la forma de elección de sus magistrados.

¹⁶⁵⁸ CHAUX, F. (2020). *Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁶⁵⁹ Indica el magistrado SIERRA PORTO en su aclaración de voto a la sentencia C- 141 de 2010: “A diferencia de aquellas constituciones que establecen límites al poder de reforma, la Constitución colombiana carece de este tipo de referentes que sirvan de parámetro de control por lo tanto en cada caso concreto correspondería al intérprete identificar los referentes del control. Se trata de un parámetro de control ambiguo, poco preciso y

reforma resulta ser una expresión misma del poder constituyente como poder soberano que permite 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 por el contrario, en ocasiones debe ser modificado para ser ajustado a nuevos tiempos, o en otras palabras, 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 inclusive desarrollado, no obstante, reiteramos como su modificación o desarrollo, dada la articulación del texto con el principio de soberanía popular, el mismo debe ser actualizado por su creador, constituyéndose cualquier modificación por fuera de procedimientos democráticos sin la anuencia popular, en actos carentes de legitimidad.

La reforma conlleva de una u otra manera la positivización de la capacidad emancipatoria y transformadora que encierra el poder constituyente, destacándose por ROZNAI como el poder de reforma es una prerrogativa del constituyente democrático en 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.¹⁶⁶⁰ 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, así el poder constituyente a través de la reforma puede modificar los poderes constituidos y sus límites; (2) un argumento procesal que diferencia los mecanismos de reforma de la Constitución de las demás normas del ordenamiento jurídico como los órganos encargados para llevar a cabo estas modificaciones; (3) un argumento consecuencial que entiende como las reformas constitucionales como alteraciones al ordenamiento jurídico implican modificaciones a los poderes constituidos.¹⁶⁶¹

lo que es más peligroso, disponible por parte del órgano de control. A esto se suma que los “*elementos definitorios identificadores de la Constitución*”, por regla general estarían constituidos por normas de estructura abierta, es decir principios o valores, lo que aumenta el grado de incertidumbre del control, pues el juez constitucional podría darles un alcance distinto en cada decisión y dependerían de las cambiantes mayorías al interior del Tribunal Constitucional.”

¹⁶⁶⁰ ROZNAI, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales. Los límites al poder de reforma. op. cit.*, p. 2115-2116.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, 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, la naturaleza del mismo será de verdadero poder constituyente, en cuando 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 rigidez a los poderes constituidos. Bien señala GUASTINI, como 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.¹⁶⁶² 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,¹⁶⁶³ que no puede ser sometido 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 como una Constitución con una génesis popular no consulte al pueblo sobre su cambio¹⁶⁶⁴. Sin embargo, esto obedece más a un aspecto de ingeniería y diseño constitucional.

Ahora entonces, en el caso colombiano, se reconoce 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 que atentan contra la misma soberana popular. Una visión evolutiva de la interpretación constitucional desde el pueblo conlleva a 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

¹⁶⁶² GUASTINI, R. (2007). “Sobre el concepto de Constitución”, en CARBONELL, M (Coord), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, p. 25.

¹⁶⁶³ GARGARELLA, R. (2010). “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI. Una mirada histórica”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, 25, p. 47.

¹⁶⁶⁴ MÉNDEZ, J y CUTIE, D. (2010). “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, 25, p. 111.

Constitución como texto inacabado puede ser objeto de mejoría constante.¹⁶⁶⁵ 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 constitucional 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.¹⁶⁶⁶

COLON-RIOS indica como 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, lo que se traduce en la esterilización del conflicto,¹⁶⁶⁷ pero además sustrae del poder constituyente su capacidad transformadora y emancipadora de la realidad social. Es de esta forma, que una teoría democrática de la Constitución deber ser concebida desde un ámbito verdaderamente material que promueve y facilita las condiciones para que el pueblo se autogobierne, promoviendo la participación de la ciudadanía en los asuntos más trascendentes socialmente.¹⁶⁶⁸ 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.¹⁶⁶⁹

4.7.3.2. La Constitución como un texto inacabado y en contante construcción: la reforma como medio que dinamiza las demandas populares.

¹⁶⁶⁵ CHAUX, F. (2020). *Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*, *op., cit.*, p. 259.

¹⁶⁶⁶ BENÍTEZ, V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia* *op, cit.*, p. 16.

¹⁶⁶⁷ COLON-RÍOS, J. (2022). “El Estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”, *DIKAION*, 31 (2), pp. 16- 19.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶⁶⁹ BENÍTEZ, V. V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, *op, cit.*, p. 13

La voluntad popular como voluntad dinámica saca de la ficción ideología al pueblo como poder soberano y lo convierte en intérprete auténtico de la Constitución,¹⁶⁷⁰ 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 de las interpretaciones prescritas por el intérprete sustituto, sobrepasen los límites impuestos por el soberano. Ello también implica 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 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 única voluntad como lo es la del poder constituyente.¹⁶⁷¹ Esto conlleva la existencia de relaciones jerárquicas entre autoridades interpretativa, siendo los tribunales constitucionales controladores de los demás poderes públicos, pero este será controlado por el poder soberano.

En este caso, la reforma se ancla en el concepto de fe constitucional, ello es, la idea 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 explícitamente 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

¹⁶⁷⁰ SEGOVIA, J. (2013). “La interpretación constitucional populista”, en *Prudentia Iuris*, 76, p. 125.

¹⁶⁷¹ *Ibid*, p. 124.

se pueden realizar nuevas construcciones, que puede ser mejorado por las personas con lo cual la norma merece respeto y legitimidad.”¹⁶⁷²

La anterior postura dista de la idolatría constitucional en tanto considera que la Constitución es imperfecta y sujeta a cambios; amplificadora de 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 particular, pero que en cualquier caso puede ser modificado ante nuevas coyunturas sociales.

De esta forma, la teoría de la sustitución constitucional se ancla en las estaticidad de la Constitución limitando las vías democráticas de cambio constitucional, revalidando su evolución mediante la interpretación constitucional en las sentencias de los tribunales constitucionales. Mientras que una teoría de la redención se sustenta en el pueblo y su especial carácter democrático.¹⁶⁷³ Esto conlleva a que sustitución y redención sean tesis antagónicas, en tanto 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 deberán privilegiar la supremacía de la Constitución no desde un aspecto material sino procedimental conciliando los principios de supremacía constitucional y soberanía popular, entre tanto entiende que la Constitución es norma de normas por ser una decisión política del poder constituyente, siendo al decisión popular el principal fundamento de su legitimidad, es decir, 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 nación misma del poder constituyente; por el contrario, la evolución constitucional es una constante, pero a través de una ideología de la interpretación evolutiva desde el pueblo como poder soberano a través de los mecanismos de participación popular y reforma. Es de esta forma, que el pueblo a través de la reforma constitucional condiciona el sentido, significados o interpretaciones que pueda planear el tribunal constitucional, entendiendo la necesidad de una Constitución reformable que se

¹⁶⁷² CHAUX, F. (2020). Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?, *op. cit.*, pp. 259-260.

¹⁶⁷³ *Ibid*, p. 261.

encuentra en permanente construcción social, siendo el poder de reforma un medio para eliminar el monopolio interpretativo en cabeza de los jueces.¹⁶⁷⁴

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 tanto en los ejercicios de control de constitucionalidad e interpretación de las normas constitucionales deberá apelar a una ideología de la interpretación estática; mientras que cuando se hable de cambio constitucional es menester apelar a una ideología de la dinámica que promueva el cambio constitucional por vías democráticas.

En este caso, la reforma cumple no solo funge 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 formular las decisiones judiciales que adopten los tribunales constitucionales frente a un punto específico de la Constitución. Por eso la reforma tiene una función que perfecciona y moderniza la Constitución como también busca controlar 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.¹⁶⁷⁵

Una estructura constitucional puede emplear normas que hagan indisponibles ciertos derechos, por lo menos limitando sus procedimientos de reforma, esto es 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 en 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

¹⁶⁷⁴ MELERO, M. (2019). “La rigidez constitucional mínima como forma débil del constitucionalismo”, en *Isonomía*, 51, pp. 66- 67.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

democráticos para la toma de decisiones.¹⁶⁷⁶ Esto conlleva, un mecanismo de legitimación instrumental y material que permite controlar a los controladores, evitando la ruptura del sistema democrático y la evanescencia 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 soberano¹⁶⁷⁷. Es como el NCL se fundamenta en un super-principio como lo es la soberanía popular, buscando la legitimidad externa del ordenamiento jurídico, a partir de la adopción de procedimientos democráticos.¹⁶⁷⁸ 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.¹⁶⁷⁹

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 el principio de rigidez del texto ahonda en la articulación del poder constituyente; esto debido a que el verdadero sustento de la rigidez constitucional en el NCL se ancla en la necesidad de participación del pueblo en el acto reformativo o de creación constitucional, siendo el eje no el procedimiento mismo, sino la decisión por parte del pueblo, tratándose de una rigidez afincada a legitimidad democrática, esto es, “*el pueblo es primera y última palabra sobre el ejercicio del poder constituyente*”.¹⁶⁸⁰ De esta manera, estructuralmente las constituciones del NCL, entre ellas la colombiana, deberán eliminar las formas de modificación constitucional a través de medios representativos, ello con el fin de evitar el debilitamiento de la capacidad de decisión e interpretación del pueblo en su legítimo ejercicio democrático como poder constituyente.¹⁶⁸¹

En todo caso, DIXON y STONE mencionan que una rigidez mínima del texto constitucional permite limitar la capacidad interpretativa de los jueces guiando o encausando

¹⁶⁷⁶ HIERRO, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, p. 202.

¹⁶⁷⁷ MEDICCI, A. (2016). *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op, cit, p. 200.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 201.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 202.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 205.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 206.

sus interpretaciones.¹⁶⁸² En este punto, no se trata de defender la idea de un constitucionalismo débil, sino que el paradigma de la rigidez de la Constitución sea pensado bajo un concepto fuerte de soberanía popular, esto permite un constitucionalismo mayormente colaborativo en aras de desarrollar una práctica popular interpretativa, restringiendo la capacidad hermenéutica de los jueces a partir de cláusulas específicas y concretas tipo regla como a su vez mecanismos correctores de su interpretación, como lo es el mecanismo de reforma constitucional.¹⁶⁸³ De esta manera se trata de una Constitución flexible para el pueblo, pero a su vez una Constitución rígida para los tribunales constitucionales.

4.7.4. ¿Constitucionalismo popular en Latinoamérica?

Partiendo de la tesis propuesta por ALTERIO¹⁶⁸⁴ en el que el constitucionalismo popular se sustenta en mayores niveles de participación democrática del pueblo en las decisiones interpretativas que surgen del texto constitucional. Es por ello que 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:

1. Los desacuerdos sobre los derechos donde se debe apelar a procedimientos de tomas de decisiones donde todos los interesados confluyan a fin de dotar de mayores niveles de legitimidad a la decisión; la necesidad de que toda decisión pueda ser revisable; 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 lo convierte en un objeto revisable por su creador, es decir, por el pueblo como poder soberano.¹⁶⁸⁵
2. El constitucionalismo débil que propone que las decisiones interpretativas de la Constitución residan en última medida en la voluntad popular, generados un control débil de constitucionalidad donde el legislador tenga la posibilidad de controvertir las

¹⁶⁸² DIXON, R y STONE, A. (2016). "Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection", en DYZENHAUS, D Y THORBURN, M (Eds), *Philosophical Foundations of constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 102.

¹⁶⁸³ MELERO, M. (2019). "La rigidez constitucional mínima como forma débil del constitucionalismo", *op, cit*, p. 71.

¹⁶⁸⁴ ALTERIO, A. (2016). "Constitucionalismo popular", en *Eunomia- revista en cultural de la legalidad*, 10, pp. 158-163.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 160.

decisiones judiciales haciendo necesaria la interacción entre el legislador y el juez constitucional para encontrar el sentido de una norma constitucional.¹⁶⁸⁶

3. Detrás de la idea de constitucionalismo popular se encuentra una férrea defensa por la democracia y la necesidad de mayores niveles de deliberación democrática en torno a los derechos, en tanto que se considera que es la mejor forma de proteger los mismo.¹⁶⁸⁷

En este sentido el NCL presenta en sus constituciones diseños institucionales aparentemente intermedios, en tanto presenta un constitucionalismo fuerte, pero con estructuras participativas y no elitistas.¹⁶⁸⁸ Sin embargo, el NCL a diferencia del constitucionalismo popular aún no ha centrado sus esfuerzos en permitir que el pueblo sea entendido como interprete 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.¹⁶⁸⁹

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p.161.

¹⁶⁸⁷ *Idem.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 163.

¹⁶⁸⁹ ÁLVAREZ R. (2012). “El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un contexto latinoamericano”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 13 (1), p. 125.

No obstante, resulta claro que en muchas ocasiones las políticas públicas de los derechos en latinoamericano surgen por fuera del sistema de democracia representativa, por cuanto se presenta como 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 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 la protección de la Constitución de una u otra manera no resulta ser acorde al 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 que la democracia pueda corregir las imperfecciones del sistema.¹⁶⁹⁰ Por eso deberá adoptarse una visión centrada en el traslado del derecho de igualdad como eje central de los demás derechos del ordenamiento jurídico, situación que los pensamientos eurocéntricos no tienen en cuenta.¹⁶⁹¹

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, el NCL surge de una disciplina epistemología que obedece a un pensamiento situado que tiene notas de originalidad, pero nunca absoluta.¹⁶⁹² Por ello, que el NCL tenga elementos que le son propios al neoconstitucionalismo como la rigidez constitucional y un control fuerte de constitucionalidad, sin embargo otros elementos que concurren con el constitucionalismo popular buscando amplificar los espacios de participación democrática.¹⁶⁹³ Bien indica CHAVEZ como los derechos y garantías constitucionales no pueden ser menoscabados vía creación legislativa, jurisprudencial o a través de políticas públicas, por el contrario, deberá darse la aplicación e interpretación que favorezca su efectiva vigencia.¹⁶⁹⁴

¹⁶⁹⁰ ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op. cit.*, pp. 239-241.

¹⁶⁹¹ ÁLVAREZ, R. (2016). “Tareas pendientes para un constitucionalismo popular latinoamericano”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁹² MEDICI, A. (2013). “Nuevo constitucionalismo y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento crítico y situado, el otro derecho, 4, p. 51.

¹⁶⁹³ VARGAS, A. (2021). “Constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: aportes para repensar la Constitución peruana”, en *Revista derecho*, 9, 52-53.

¹⁶⁹⁴ CHÁVEZ, G. (2016). *El control de constitucionalidad de la justicia indígena en el Estado Plurinacional: el caso ecuatoriano*. Tesis Doctorado en derecho, ciencias políticas y criminología, Universidad de Valencia, p. 310.

No olvidemos como el NCL se centra en un constitucionalismo político como constitucionalismo 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 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 dentro de un Estado.

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 puede integrar algunos elementos del constitucionalismo popular a 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 imprecisar de mayor legitimidad democrática los significados constitucionales a través del diálogo popular, buscando restringir el espectro decisonal de los jueces como elite que no consulta los intereses populares. Es como el NCL puede tomar 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; (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 democrático 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 este opere como un verdadero poder soberano. En todo caso, el NCL deberá acoger un modelo interpretativo en que el pueblo sea la autoridad hermenéutica más importante que puede 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.¹⁶⁹⁵ Nótese como la Constitución política de 1991 delegó en el pueblo amplias facultades para su reforma, teniendo la posibilidad de derogar los actos reformativos de la Constitución planteados por el Congreso; la modificación de la constitución a través de referendo y el derecho de convocatoria a asamblea nacional constituyente.¹⁶⁹⁶

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, entre 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.¹⁶⁹⁷

¹⁶⁹⁵ MORA, D. (2020). Paradigmas e interrogantes del Nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la óptica colombiana [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás de Aquino], Bogotá, p. 74.

¹⁶⁹⁶ BENÍTEZ, V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformada la Constitución en Colombia*. Editorial Temis, Bogotá, p. 16.

¹⁶⁹⁷ NIEMBRO, R. (2013). “Una mirada al constitucionalismo popular”, *op. cit.*, p. 202.

Existe entonces una convergencia entre NCL y constitucionalismo popular al menos desde un modelo de legitimidad, bien expone GARGARELLA como 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 aumento el litigio social,¹⁶⁹⁸ lo que lleva a que la interpretación constitucional adquiera una especial trascendencia en el devenir jurídico del Estado.

4.7.5. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular.

En este sentido, no puede perderse de vista que tanto neoconstitucionalismo como constitucionalismo popular se adscriben a modelos distintos de democracia, siendo el Neoconstitucionalismo una teoría que asume un modelo de democracia sustancial, mientras que el constitucionalismo popular un modelo de democracia deliberativa. Mientras que en el caso del NCL, se adscribe a un modelo de democracia participativa que revalidan las condiciones elitistas en que se desarrolla la justicia constitucional propia del neoconstitucionalismo.¹⁶⁹⁹ No obstante, el modelo NCL no busca abolir el modelo representativo, sino complementarlo con mayores escenarios de participación democrática.¹⁷⁰⁰

En este sentido, el neoconstitucionalismo ha dado prevalencia a una filosofía liberal sobre la democracia, aplicando una teoría del derecho pospositivista y principialista, siendo las normas tipo principio, elementos que permiten la adopción de la decisión judicial en uno y otro sentido al ser enunciados justificativos.¹⁷⁰¹ Esta concepción liberal del derecho presenta a su vez una constitución rígida de difícil modificación, representando una idea política en donde los jueces son los únicos que pueden promover el cambio del orden constitucional,

¹⁶⁹⁸ GARGARELLA, R. (2016). “Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución”, en GARGARELLA, R y NIEMBRO, R. (Coord), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, p. 42.

¹⁶⁹⁹ VARGAS, R. (2021). “Constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Aportes para representa la Constitución peruana”, *op. cit.* p. 61.

¹⁷⁰⁰ PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *op. cit.* p. 30.

¹⁷⁰¹ NIETO, E. (2015). Constitucionalismo en el siglo XXI ¿neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular?, en *Revista de Economía y Derecho*, 38 (10), pp. 48-49.

desconfiando de la voluntad popular y no llegando a tomar en serio al pueblo.¹⁷⁰² No cabe duda de que los modelos actuales de control de constitucionalidad tiene como presupuestos, ideas de raíz conservadora y antidemocrática que entendían que no era necesario la consulta a la ciudadanía para la toma de decisiones dentro de una sociedad.¹⁷⁰³ Por ello es que 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.¹⁷⁰⁴ 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,¹⁷⁰⁵ situación que no guarda lógica con la ontología misma del poder constituyente. Podríamos sintetizar la idea de la siguiente forma:

“El discurso constitucional permanente retrae al constituyente al especion 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 secundaria 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 esta 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?”¹⁷⁰⁶

4.7.6. La superación de modelos liberales de interpretación

¹⁷⁰² *Ibid.*, p.50

¹⁷⁰³ FLÓREZ, D. (2011). “Derecho y sociedad en el Estado constitucional: una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Haberle”, *Revista de Derecho*, 35, p. 13.

¹⁷⁰⁴ KRAMER, L. (2004). *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University, Oxford, p. 962.

¹⁷⁰⁵ SANÍN, R. (2011). *Teoría crítica Constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo. op, cit*, p. 99.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, pp. 102-103.

Bajo las anteriores propuestas, el NCL debe romper con una teoría constitucional de tendencia liberal que busca limitar el poder político, incluso al poder constituyente, ello 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 gobernados¹⁷⁰⁷ 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.”¹⁷⁰⁸

Aun cuando se diga que el Estado de derecho sea 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 que termina traducándose en un aligeramiento del Estado de derecho frente a la soberanía popular,¹⁷⁰⁹ ello significa que el Estado de derecho tiene la función de contener al hombre como individualidad y a los poderes constituidos por el 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, se 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 de y subversión del poder constituyente. En el primero de los casos, al limitar los mecanismos de participación directa del pueblo y en segunda medida, a través de las mutaciones a la Constitución como cambio informal que desconoce al poder soberano.

¹⁷⁰⁷ COLÓN- RÍOS, J. (2022). “El Estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”, en *DIKAION*, 31 (2), pp. 14.y ss.

¹⁷⁰⁸ TRIPOLONE, G. (2019). “Constitucionalismo popular y Estado de derecho”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁰⁹ MARTÍNEZ, C. (2018). “Paradojas de la “soberanía popular”. un análisis en clave filosófica”, en *Revista RYP república y derecho*, 3, pp. 24-25.

La interpretación en clave liberal ha traído consigo una despolitización del conflicto social, remitiendo las soluciones a unas elites que definen los sentidos de la Constitución sin ningún tipo de límite, pero con la agravante de que limitan los espacios de participación ciudadana para la toma de decisiones.¹⁷¹⁰ Es como el modelo liberal anclado en los derechos individuales desconoce el pluralismo que en sí mismo encierra la noción de poder constituyente, ello 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.”¹⁷¹¹

Es como 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,¹⁷¹² ello anclado en una supuesta necesidad técnica que otorga una exclusiva competencia interpretativa en manos de los jueces. De la misma manera, un modelo interpretativo en clave liberal privilegia los derechos individuales llevando al establecimiento de fórmulas hermenéuticas como la ponderación, pero con un efecto aún más preocupante como lo es el vaciamiento de los derechos participación, impidiendo la asunción de poder constituyente como intérprete de la constitución, olvidando además el carácter de derecho constituyente que implican estos últimos derechos

4.7.7. Por una interpretación popular de la constitución.

MEDICCI al abordar la interpretación constitucional desde el poder constituyente lo 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

¹⁷¹⁰ MÉNDEZ, G Y SANÍN, R. (2012), “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, 8, pp. 104-106.

¹⁷¹¹ *Ibid.*, p. 110.

¹⁷¹² *Ibid.*, p.108.

vislumbra una especie de fetichismo en entender que el dinamismo debe darse a través de la interpretación constitucional, haciendo que los tribunales constitucionales adquieran una especial relevancia. Es como la Constitución se ha convertido en un espacio cerrado para las elites en donde, por el contrario, el pueblo tiene un limitado acceso a su cambio. En este caso, se da un proceso de encriptación constitucional que limita en ámbito de participación del pueblo en la interpretación de la Constitución.¹⁷¹³ En todo caso, el encriptamiento de la Constitución por las elites económicas y sociales buscan que la Constitución sea interpretada como un mero texto normativo, desconociendo su faceta política, adoptando una faceta técnica que se reserva a las elites. Es como 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 enmarcamiento progresivo del lenguaje de la interpretación de la constitución y la ley que lo arrebatara 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.”¹⁷¹⁴

Considero entonces que el modelo interpretativo deberá ser dual en el entendido que se trata de una interpretación jurídica, pero también política, ello dependerá del 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 que las técnicas de interpretación no son límites al pueblo. Es bajo este postulado que se explica la relación conceptual entre el poder constituyente y el poder constituido¹⁷¹⁵ en referencia a la interpretación, en tanto la interpretación realizada por los poderes constituidos siempre es jurídica y limitada, es decir, siempre subordinada al poder soberano, en tanto que su capacidad de interpretativa

¹⁷¹³ MEDICI, A. (2016). *Otro nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. op, cit, pp. 184-185.

¹⁷¹⁴ MÉNDEZ, G Y SANÍN, R. (2012), “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, op, cit, p. 111.

¹⁷¹⁵ YOZNAI, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales. Los límites al poder de reforma*, op, cit, p. 213.

dependerá de los criterios y límites que fije el poder constituyente. Es como la interpretación del intérprete sustituto es una interpretación jurídica que se caracteriza por ser apolítica, ya que el carácter político pertenece al pueblo, pero en la que el juez democrático deberá promover la defensa de los derechos constitucionales de los grupos oprimidos a través de las cláusulas de preferencia expuestas, tratándose de una función independiente de los intereses de las clases dominantes.¹⁷¹⁶ Es como una interpretación plural de la Constitución se puede acercar a lo dicho por ATTARD en cuanto se deberá buscar un modelo polifónico de justicia constitucional que permite una construcción plural de los significados de la Constitución, sin embargo, la construcción de estos significados debe alejarse de procesos dialógicos en donde los jueces son la centralidad para el dinamismo del ordenamiento.¹⁷¹⁷ Así, la evolución y progresividad de los derechos debe provenir del pueblo como poder constituyente, siendo este el primero y último intérprete de la Constitución.

Así las cosas, un modelo polifónico que se preocupe 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 implican una ejercicio de interpretación constitucional, debido a que la asunción de tales funciones por parte del tribunal constitucional no incentivaría al pueblo para su articulación a la institucionalidad a través de mecanismos de participación, sustrayendo esta competencia del poder soberano; (2) el peligro de que el activismo por parte del tribunal constitucional no solo sea de índole progresista, sino pueda asumir una posición regresiva en materia de derechos.

En cualquier caso, en una interpretación constitucional en clave constituyente es un ejercicio limitado y guiado por el poder soberano, en donde en aquellos casos que exista una zona de penumbra sobre los derechos en juego, siempre le quedara la posibilidad al poder constituyente de definir los sentidos de la Constitución, incluso modificar las reglas propuesta por el tribunal constitucional. Es como la interpretación en el NCL se tratará de una actividad tanto cognitiva como volitiva, por cuanto la primera de las características estará asociada a la decisión del poder constituido, mientras que el aspecto volitivo se predicará de la interpretación popular. Es claro entonces como un modelo de interpretación como el del

¹⁷¹⁶ FERRAJOLI, L. (1978). “Magistratura democrática”, en IBÁÑEZ, P. (Ed), *Política y justicia en el Estado capitalista*, FONTANELLA, pp. 197-216.

¹⁷¹⁷ ATTARD, M. (2023). *La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional*. Pireo Editorial, Valencia, p. 357.

NCL no cae en una especie de positivismo ingenuo, en tanto considera que existen eventos en los que por la connotación del problema interpretativo sea necesario la adopción de criterios subjetivos para definir los sentidos de la Constitución, sin embargo, dicha decisión podría quedar en últimas en las manos del poder constituyente; Así mismo discute las facetas escépticas de la interpretación al imponer unos límites a la actividad interpretativa de los jueces constitucionales.¹⁷¹⁸

De una u otra manera, la interpretación constitucional en el NCL se trata de una actividad parcialmente reglada, en tanto los jueces deberán realizar esta actividad a partir del mismo ordenamiento y la voluntad popular plasmada en el texto constitucional. Es como 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 encuentra sujeta a ningún límite. En todo caso, *mutatis mutandis* como bien indica GARCÍA AMADO, cuando el juez se vea en una situación de penumbra son los criterios de interpretación previamente establecidos por el constituyente los que otorgara la legitimidad de la decisión judicial, ello incluso cuando en caso de uso de los criterios de interpretación y persista la duda, deberá escogerse aquel significado que cuente con más razones para defenderla, buscando que la misma trate de ser el reflejo de la voluntad popular.¹⁷¹⁹

Sin lugar a duda, 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 la misma. De este modo, en modelos de Constitución como los del NCL apoyados en la noción de soberanía popular, requiere necesariamente que el pueblo ejerza como primer interprete de la Constitución, empero diferenciándose del papel que cumple el tribunal constitucional como garante del texto normativo. Así las cosas, el pueblo como interprete constitucional tendrá un papel positivo que busca desarrollar los contenidos constitucionales e incluso modificando los mismos, 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

¹⁷¹⁸ GARCÍA AMADO, J. (2006). ¿existe la discrecionalidad en la decisión judicial?, en *ISEGORIA*, 35, p. 171.

¹⁷¹⁹ GARCÍA AMADO, J. (2004). “La interpretación constitucional”, en *Teoría del derecho Revista de Castillo y León*, 2, p. 55.

infra constitucionales que pudiese expedir los demás poderes públicos sin tener con ello una capacidad de creación normativa.

Es entonces como no puede negarse la existencia de discrecionalidad judicial en la labor del intérprete, haciendo necesario la adopción de límites a la actividad interpretativa e incluso definiendo al 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, buscando que en caso de duda de la constitucionalidad de la norma se privilegie el sentido que favorezca la continuidad de la misma 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 contrario 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.”*¹⁷²⁰ De este modo, los mecanismos de actualización de la Constitución a través de la reforma requiere de la imposibilidad de incluir cláusulas pétreas como además la posibilidad de que la misma rejuvenezca mediante procedimientos altamente democráticos de toma de elecciones por parte del pueblo. Sin embargo, la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos del 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 necesario 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 entendiendo los mismos cambios sociales.

Del mismo modo, un modelo hermenéutico como el propuesto requiere de la adopción de una Constitución a detalle que limite el ámbito interpretativo del juez constitucional. Es por eso que Constitución a detalle bajo unos mecanismos flexibles de cambio constitucional por

¹⁷²⁰ ENRÍQUEZ, P. (2008). “Un modelo democrático de justicia constitucional local. *op. cit.*, p. 191.

parte del pueblo, no perdería vigencia al tener prevalencia en una actualidad para la cual fue creada, entendido que dejar en manos de los jueces el cambio constitucional desconocería el poder emancipador y trasformador que encierra la noción de poder constituyente.¹⁷²¹ De este modo, la necesidad de actualidad y eficacia de las normas constitucionales antepone límites a los tribunales constitucionales en sus capacidades interpretativas desde un esfera interna, concretizando una ideología y métodos de interpretación que guíen los significados de la Constitución a 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, requiere de mecanismos externos que privilegien la continuidad y permanencia de la soberanía popular sobre las decisiones de los poderes constituidos, insertando mecanismos de participación ciudadana que permitan al pueblo integrarse a los poderes públicos como un límite mismo para ellos, en tanto como poder absoluto e ilimitado hace necesario que su voluntad sea respetada, pero sin perder eficacia en el tiempo.

Ahora entonces, 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. Es como la necesidad de aplicar los contenidos constitucionales haya cerrado las posibilidades interpretativas en cabeza de órganos diferentes al poder judicial.¹⁷²² Es menester indicar como 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,¹⁷²³ 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 elites controlan los significados de la Constitución bajo un discurso aparentemente proteccionista del orden constitucional.¹⁷²⁴

¹⁷²¹ *Ibid.*, p.186.

¹⁷²² DIEZ, R. (2016). "Constitucionalismo y democracia: una tensión inevitable", en GARGARELLA, R y NIEMBRO, R. (Coord). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, p. 193.

¹⁷²³ *Ibid.*, pp. 201- 202

¹⁷²⁴ NIEMBRO, R. (2016). "Desenmascarando el constitucionalismo autoritario", en GARGARELLA, R y NIEMBRO, R. (Coord). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 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 parecieran que se tratan de cláusulas intangibles que entregan a los jueces la limitación del ejercicio del gobierno democrático.¹⁷²⁵ 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 un mayor nivel de legitimidad democrática.¹⁷²⁶ Veamos como 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 elite que puede promover un activismo conservador; y, por el contrario, otorga un especial papel al pueblo para que determine los sentidos de la Constitución.¹⁷²⁷

Vale acotar como los mecanismos de cambio constitucional, como lo es la reforma, se encuentran diseñados para promover un mayor nivel de deliberación democrática, probando que existen otros modos de consultar la voluntad popular, incluso recurriendo al mismo creador para encontrar respuestas más hermenéuticas más democráticas, haciendo parte a la ciudadanía en la determinación, contenido y alcance de los derechos.¹⁷²⁸ Incluso podemos hablar que la participación de la ciudadanía en la definición de los derechos siendo una precondition de cualquier sistema constitucional que se considere democrático.¹⁷²⁹

En todo caso la idea de un constitucionalismo más democrático busca dotar de mayores márgenes de legitimidad democrática al control de constitucionalidad, reservando la

¹⁷²⁵ MELERO, M. (2017). "Constitucionales débil", en *Eunomia*, 13, pp. 200-201.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, pp. 203

¹⁷²⁷ GARRIGA, C. (2021). ¿el constitucionalismo popular tiene una historia latinoamericana? A vueltas con sus orígenes decimonónicos, en *Palabras a Debate*, 28, p. 3

¹⁷²⁸ MELERO, M. (2017). "Constitucionales débil", *op. cit.*, p. 206

¹⁷²⁹ DIXON y STONE (2016). "Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection", *op. cit.*, p. 98

posibilidad de ser un último intérprete al legislador quien precisara 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. No obstante, 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 funja como un verdadero legislador negativa frente a los actos contrarios de los demás órganos o poderes constituidos, pero además un órgano que promueve 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 errar¹⁷³⁰, ello sería desconocer su capacidad de poder absoluto y soberano, o 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 que reasume 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 para la toma de decisiones frente a un asunto en particular.¹⁷³¹ En todo caso, vale recalcar como propuestas como la del constitucionalismo popular también encierra mecanismos no solo plebiscitarios de toma de decisiones, sino que busca que toda la sociedad participe de forma colectiva en las definiciones de las cláusulas constitucionales.¹⁷³²

De esta forma, el constitucionalismo popular comparte con el NCL la idea de poner frente a las opciones elitistas que han predominado en la justicia constitucional, buscando democratizar los espacios de toma de decisiones y que revalidan las concepciones propias del constitucionalismo europeo.¹⁷³³ Pudiese plantearse a demás 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 el autor este modelo implica que el principio de supremacía constitucional ceda ante una concepción en

¹⁷³⁰ BARZOTTO, L. (2010). “El guardián de la Constitución. Elementos para una epistemología de la democracia”, en *DIKAION*, 19(2), pp. 441-442.

¹⁷³¹ BAYÓN, J. (2003). “Derechos, democracia y Constitución”, en CARBONELL, M. (Coord). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Barcelona, p. 217-218

¹⁷³² GARRIGA, C. (2021). “El constitucionalismo popular tiene una historia latinoamericana? A vueltas con sus orígenes decimonónicos”, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷³³ *Ibid.*, p. 1.

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 para el poder constituyente.¹⁷³⁴ Valdrá exponer la posición de SANÍN en cuanto a que la Constitución debe buscar ser un texto lo más reglamentario posible a fin de evitar estratagemas que dificulten la labor hermenéutica del interprete, evitando que los derechos pierdan sinergia con la el mundo real, pero además y principalmente tiene que ser un texto que formalice de manera precisa los procedimientos democráticos de toma de decisiones por parte de la ciudadanía.¹⁷³⁵

Más allá de una teoría de la Constitución viva, deberá hablarse de un constitucionalismo vivo, en el que la Constitución es sujeta a cambios y a posteriores desarrollos, entendiendo que no son los jueces el eje del desarrollo constitucional, sino que lo es el pueblo, entre tanto una visión en la que los jueces son quienes promueven el desarrollo constitucional es una política en la que son los jueces los dueños de la Constitución subvirtiendo la misma 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.¹⁷³⁶

Esta flexibilidad en el cambio aunado a un diseño en que las Constituciones es predominantemente un conjunto de normas tipo reglas 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 esta misma forma, una Constitución por reglas especificar tiende a eliminar los conceptos especialmente controvertidos, esto es, conceptos evaluativos en donde el juez se enfrenta elementos dándole valorativa; elementos complejos que aluden a bienes o estándares sociales; elementos argumentativos que están en constante controversia; conceptos funcionales que admiten múltiples significaciones. Toda esta clase de elementos hace que en muchas

¹⁷³⁴ MELERO, M. (2019). “La rigidez constitucional mínima como forma débil del constitucionalismo”, *op, cit*, p. 71.

¹⁷³⁵ SANÍN, R. (2011). *Teoría crítica Constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*. *op, cit*, pp. 97-98.

¹⁷³⁶ CHAUX, F. (2020). Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia? *op, cit*, p. 265

ocasiones los tribunales constitucionales no encuentren la respuesta correcta, pero si su interpretación sea la última palabra en materia constitucional.¹⁷³⁷

A pesar de que MELERO critica un modelo de constitucionalismo como el propuesto debido a que la estructura constitucional a partir de reglas pudiese fomentar un mayor grado intervención de los tribunales constitucionales en la legislación, es decir, en la función legislativa. Así la Constitución a detalle reduce el margen del legisladores para desarrollar los contenidos constitucionales, siendo meros ejecutores de la voluntad popular.¹⁷³⁸ Sin embargo, dicha crítica podrá tener sustento en un modelo constitucional anclado en un ejercicio de democracia representativa que resulta ser contradictoria con la ontología propia del NCL en donde el pueblo tiene un mayor nivel de participación en la configuración y desarrollo del contenido constitucional, revalidando un modelo constitucional que privilegia el ejercicio de la democracia representativa.

En todo caso, un constitucionalismo débil no conlleva a eliminar el papel de los tribunales constitucionales como intérpretes de la Constitución, sino que será un modelo que permite cuestionar cuando sea necesario una interpretación constitucional por ser contraria 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 a la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, y esto es así, porque siempre un poder constituido podrá desbordar las competencias otorgadas por el constituyente, siendo necesario la adopción de mecanismos de corrección de este tipo de actuaciones. No es lógico por ello, que unos poderes constituidos sean sujetos de control a sus actuaciones por ser contrarias a la Constitución, mientras que otros poderes no ostente ningún tipo de control, incluso ni del propio soberano.

Estructuralmente BARZOTTO señala como el guardián de la Constitución debe ser un órgano de carácter contra mayoritario, siendo independiente a la mayoría; de carácter colegiado y deliberativo, que puede corregir sus opiniones con otras opiniones; deberá ser

¹⁷³⁷ IGLESIAS, M. (2000). “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *DOXA, cuadernos de filosofía del derecho*, 23, pp. 78-103.

¹⁷³⁸ MELERO, M. (2019). “La rigidez constitucional mínima como forma débil del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 85.

un órgano político del cual no se predica cosa juzgada, implicando que no existan decisiones finales; tendrá un carácter revisor en tanto este puede determinar cuándo un juicio es falso.¹⁷³⁹ Por ello, la legitimidad democrática del tribunal se da desde su forma de elección y su carácter contra mayoritario 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 contra mayoritario, pero sujeto a la voluntad popular, es decir, contra mayoritario cuando las decisiones se dan a través de mecanismos de democracia representativa en donde los representantes del pueblo muchas veces no consultan la voluntad popular; el carácter colegiado y deliberativo de una u otra forma por la forma de elección de los miembros del tribunal pueden representar una mayoría ideológica dentro del seno constitucional; 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 modificar sus decisiones; finalmente, podrá determinar cuándo un juicio de un poder constituido sea falso por ser contrario a la voluntad popular, en todo caso solo le corresponde al pueblo proferir aquellos juicios de valor,¹⁷⁴⁰ esto conlleva que tenga una capacidad negativa o de anulación de los actos contrarios a la Constitución, pero nunca 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 en el cual su fuerza vinculante se supedita 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*, que 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, siendo necesario redefinir la idea de los tribunales constitucionales como únicos intérpretes de la Constitución. Es por ello que se hace necesario eliminar el monopolio interpretativo en manos de los jueces y posibilitar la participación del pueblo en el desarrollo constitucional. De este modo, un modelo interpretativo anclado ya no solo en los jueces posibilita un escenario interpretativo más democrático en el que es el pueblo el actor principal en definir el contenido, alcance y limitaciones de los preceptos constitucionales más importantes.

¹⁷³⁹BARZOTTO, L. (2010). "El guardián de la Constitución. Elementos para una epistemología de la democracia", en *DIKAION*, 19(2), pp. 443-444.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 444.

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.¹⁷⁴¹ Ello implica también la eliminación de la deliberación popular respecto de aquellos aspectos que tienen especial trascendencia constitucional, entre 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 al pueblo, evitando que sea tratado como un documento técnico cuando sea el pueblo quien defina sus contenidos. Es de esta forma, en como el primer guardián de la Constitución resulta ser su propio creador.¹⁷⁴² La interpretación de la Constitución requiere de una verdadera política democrática que permita 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-¹⁷⁴³

Es por ello que soberanía popular, participación e interpretación constitucional deben ser conceptos concatenados a fin de brindar soluciones al déficit democrático que puede implicar la última palabra del juez constitucional, debiendo formularse una concepción en donde el pueblo es el creador y originario interprete de la Constitución democrática, pudiendo concretizar sus significados a través de escenarios de mayor participación ciudadana,

¹⁷⁴¹ GODOY, M. (2016). "Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía constitucional: posibles lecciones para Brasil", *op. cit.*, p. 179.

¹⁷⁴² *Ibid.*, pp. 186- 187.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, pp. 187-188

entendiendo que: “(...) *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 sus problemas del día a día y del mañana.*”.¹⁷⁴⁴

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, evitando cualquier modificación sin la aquiescencia del poder constituyente. No cabe duda de que como indica STARCK el poder de una Corte Constitucional reside en su capacidad de interpretación,¹⁷⁴⁵ 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 que sean respetadas. Por eso, las decisiones interpretativas de los jueces deben alejarse de un plano creador y acercarse 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 que el juez constitucional debe estar sometido a las palabras y criterio gramática 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 a sus decisiones, en todo caso, es necesario eliminar cualquier tipo de faceta activista de las interpretaciones de los tribunales que no se sujeten a las reglas de interpretación establecidas por el constituyente. En todo caso, es necesario eliminar la completa libertad del intérprete constitucional, permitiendo que este escoja 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 el constituyente.

¹⁷⁴⁴ MÉNDEZ, J y CUTIE, D. (2010). “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷⁴⁵ STARCK, C. (2003) “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 7, p. 490.

5. Conclusiones.

1. Indudablemente, el NCL como teoría de la Constitución busca dotar de amplios elementos democráticos a la justicia constitucional, buscando superar obstáculos de índole elitista que promueven la crítica al control de constitucionalidad y sus implicaciones. Es por ello, que el NCL centra su especial atención en la legitimidad de los textos constitucionales respecto del momento de creación de la Constitución y el papel que juega el pueblo como poder constituyente.
2. Bajo esta primer idea, las constituciones del NCL debido a su origen democrático contienen elementos ampliamente democráticos, revolucionarios y emancipadores, buscando 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 inclusión de una amplia variedad de derechos constitucionales; la incorporación de normas de índole 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 constitucional centrado principalmente en el carácter incontrolable de la interpretación constitucional como la suplantación del poder constituyente.
3. En este sentido, los elementos propios del NCL han buscado reformular los clásicos conceptos del Estado, dándose una ampliación de derechos, la modificación de las estructuras institucionales de índole constitucional y el cambio de viraje de un modelo de democracia representativa hacia un modelo más cercano a la democracia participativa implementando múltiples mecanismos de participación ciudadana para 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 que ha propiciado un amplio margen de discrecionalidad en los jueces lo que conlleva a desdibujar límites claros y precios que garanticen la

voluntad popular. Sin embargo, estos dos modelos se diferencian en un plano político, en tanto el NCL centra su atención en la idea de poder constituyente y supremacía popular, mientras que el Neoconstitucionalismo centra su idea en la supremacía judicial.

5. La supremacía constitucional en el NCL requiere de una idea formal como material que asegure la aplicación de los derechos constitucionales, pero además legitime los poderes públicos, sirviendo como un límite mismo a la acción de estos, lo que hace necesario que el sistema de control de constitucionalidad implemente elementos orgánicos y sustantivos que irradian un especial componente democrático legitimador de control de constitucionalidad.
6. El NCL ha adoptado un sistema predominante de control de constitucionalidad concentrado que refuerza la idea de Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución y 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 la idea de soberanía, democracia y justicia constitucional. Con esto se atribuye verdaderos mecanismos de defensa del pueblo frente a los poderes públicos y los cambios que se pudiese plantear a la obra del constituyente.
8. Como mecanismo sustantivo que irradia un especial componente democrático en el sistema de control de constitucionalidad, en el NCL se ha buscado por parte del Constituyente implementar una legitimación en la causa popular que permia 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 que los sistemas constitucionales venezolano y colombiano resultan ser más complejos por la desconcentración de controles en otros jueces y autoridades.
10. La acción pública de constitucionalidad como un referente para la defensa de la soberanía popular por arte del mismo pueblo se constituye como un referente mismo del constitucionalismo democrático y del NCL en tanto convierte al pueblo en un verdadero actor político que protege su obra constitucional de los poderes constituidos, entendiendo la necesidad de controlar a los poderes públicos de

posibles abusos y extralimitaciones que propendan a amplificar sus poderes. Sin embargo, los poderes constituidos han sustraído el carácter popular de la acción pública de constitucionalidad a través de estratagemas jurídicas que impiden un real acceso a la justicia constitucional por parte del pueblo.

11. El NCL ha buscado dotar de mayores márgenes de independencia y legitimidad a los tribunales constitucionales, sin embargo, la mayoría de los tribunales se han visto fuertemente politizados por los mecanismos de elección adoptados por el constituyente en un inicio, ocasionando 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. Ahora entonces, en un inicio el modelo de elección en mayor medida más democrático resulta ser el boliviano, no obstante, se ha visto fuertemente afectada por los cambios introducidos por los poderes constituidos que afectan la legitimidad de la selección. Por todo se hace necesario dotar a estos procedimientos de selección de mecanismos de participación ciudadana en que el pueblo intervenga activamente y dote de un mayor nivel de legitimidad democrática 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 que los jueces constitucionales prevalecen sobre los demás poderes públicos, inclusive frente al mismo pueblo, sustrayendo a la competencia de máximo defensor de la Constitución al poder constituyente. En todo caso, no se puede perder de vista que los múltiples mecanismos de protección del texto constitucional que tienen un especial componente emancipador y trasformador de la realidad que pone 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 Neoconstitucionalismo tiene como fin primordial la garantía de los derechos fundamentales, mientras que el NCL 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 a finalidades políticas totalmente diversas.
14. El NCL y el neoconstitucionalismo asumen postulados normativos guiados 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 detalla 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 a través de una faceta eminentemente moral mientras que en el NCL bajo una faceta política que privilegia el carácter democrático de la Constitución.

15. El NCL y el neoconstitucionalismo tiene como principales características comunes la fuerza vinculante de la constitución, un alto nivel de sobreinterpretación constitucional, 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 de ellos las constituciones del NCL se encuentran plagadas de elementos simbólicos con un especial componente político que buscan innovar y articular espacios de participación popular en el momento post-constituyente. De cualquier manera, a pesar de que la extensión de los textos constitucionales del NCL avocan una constitución reglamentaria, ese tipo de constitución es contradictoria con la tipología normativa propia de estas constituciones ancladas en principios jurídicos que terminan siendo infectivos dado el amplio margen de interpretación que tienen los jueces constitucionales para su aplicación.
17. Los textos constitucionales del NCL resultan ser innovadores, incorporando elementos novedosos frente a la estructura del Estado, pero también de índole sustantivo que rompen con las estructuras constitucionales fundacionales, tratándose de una visión rupturista de orden social establecido con una especial vocación transformadora de la realidad.
18. El neoconstitucionalismo encierra una idea de poder que impide diferenciar un modelo de control concentrado de un modelo difuso dados los amplios márgenes interpretativos de los jueces constitucionales como ordinarios. Esto lleva a que se desdibujen las barreras estructurales y funcionales establecidas por el constituyente, que en muchas ocasiones desdibujan 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 ineludiblemente refuerza el papel normativo de los jueces a través del

- cambio de sistema de fuentes a 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 constitucionales como el desvanecimiento del principio democrático y de separación de poderes, amplificando el poder de los jueces en el sistema político en detrimento de los demás poderes constituidos y el mismo poder constituyente.
 21. Las mutaciones constitucionales se constituyen en mecanismos de cambio de la Constitución por vía informales a través de la interpretación constitucional que 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 por 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 a fin de favorecer a los poderes políticos y consolidar proyectos políticos autoritarios que han sido avalados por decisiones judiciales contrarias a las mismas constituciones y sustituyendo la voluntad popular a través de modelos interpretativos anárquicos, sin mayores límites para los jueces que reflejan la ausencia de controles a los órganos jurisdiccionales.
 23. Es como aun cuando el poder soberano ha intentado aminorar las críticas entorno al carácter contra mayoritario de la justicia constitucional y su carencia de legitimidad democrática, los poderes constituidos entre ellos los tribunales constitucionales se han encargado de desarticular dichos mecanismos, lo que 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 que elementos como la selección de jueces o el carácter popular de las acciones constitucionales han sido desarticulados vía legislativa y jurisprudencial a fin de alejar al pueblo de los escenarios de poder.
 24. Las mutaciones constitucionales tienen como principales fundamentos los cambios propios de la realidad social y el carácter abierto de la Constitución que permite vía jurisprudencial alterar los sentidos del texto para adecuar la normatividad a las realidades de una generación. Para entender las mutaciones constitucionales debe

evaluarse una posición realista y semántica que se apoya en el carácter abierto y ambiguo de algunos preceptos constitucionales que permite al intérprete modificar los sentidos propuestos por el constituyente a través de la interpretación constitucional. Así las cosas, es de considerar que el carácter legítimo o no de la mutación dependerá de la voluntad del constituyente al momento de la creación del texto constitucional y su intencionalidad de que el precepto abstracto sirva de válvula de adaptación del texto a las realidades futuras.

25. Las mutaciones constitucionales como un defecto del sistema que altera la voluntad constituyente y traslada la capacidad constituyente del pueblo al tribunal constitucional, requieren de un modelo de normas tipo principio que dado su alto grado de abstracción y ambigüedad, permiten que los jueces constitucionales amplifiquen su capacidad interpretativa y discrecionalmente modifiquen los sentidos inicialmente señalados por el poder soberano.
26. En un modelo normativo guiado por enunciados normativos tipo regla, las labores interpretativas de los jueces serán limitadas en mayor medida que en el caso de modelos guiados por principios, lo que dificulta la creación de mutaciones constitucionales dada la sustracción del componente semántico propio en el que se sustentan los cambios constitucionales informales como la reducción del carácter legítimo del cambio.
27. Las mutaciones constitucionales como problema propio de la interpretación constitucional y ejercicio ilegítimo de creación de derecho por parte de los jueces, subyace de elementos extra sistémicos al ordenamiento jurídico como lo es la realidad social y sistémicos en el caso del empleo de determinado criterio de interpretación. En todo caso, los límites a los jueces que impida las mutaciones constitucionales dependerán de los criterios de interpretación establecidos por el constituyente y su ánimo de controlar los cambios informales planteados a la Constitución desde la judicatura.
28. Conforme 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 determinado precepto. Así las cosas, múltiples mecanismos democráticos han sido desarticulados o por lo menos morigerados a 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, las mismas han sido insuficientes por su carácter general y vago como además carecer de reglas secundarias de interpretación.

29. Es así como 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 cercera la posibilidad del cambio constitucional por las vías democráticas. Es de este modo como en los sistemas jurídicos del NCL han sido frecuentes los cambios de sentidos del texto constitucional a 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, todo ello sustentando en amplificar los periodos del jefe de Estado de cada nación. Por eso, la ausencia de límites interpretativos al a los jueces constitucionales han degenerado en mutaciones constitucionales que en sí mismo es contradictorio respecto de ontología propia del poder constituyente en el que se sustenta el NCL.

30. Nuevamente se reitera como 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 inexistente. Por eso se pone de presente que aun cuando existen dichas cláusulas de interpretación, las mismas deben ser articuladas bajo una ideología propia de la interpretación como unos 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 que busque conservar la voluntad del pueblo plasmada en el texto constitucional, pero que además se promuevan cambios constitucionales solo poder vías democráticas, prescribiendo con ello las modificaciones a la constitución de manera informal o vía interpretación constitucional.

31. Ahora entonces, en el contexto colombiano carente de cualquier cláusula de interpretación constitucional, han sido los jueces con esta amplia libertad los encargados de diseñar un amplio espectro de técnicas interpretativas. No obstante,

dichas técnicas están dirigidas a un modelo constitucional principal que relegue a las reglas a un segundo plano y que, por el contrario, defina a los principios jurídicos como normas predominantes y de mayor jerarquía. En este punto vale hacer énfasis en como 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 fundamentos del NCL. A partir de lo anterior, el NCL según su estructura normativa tipo principal ha tenido que hacer uso de técnicas interpretativas propia del neoconstitucionalismo.

32. El NCL presenta dos modelos de interpretación, donde en un primer momento constituciones como la colombiana y la venezolana no cuentan con criterios o cánones de interpretación que dejan en libertad a los jueces para interpretar los contenidos y perceptos de la Constitución; mientras que en un segundo momento, el NCL en las constituciones de Ecuador y Bolivia han adoptado un modelo limitado de interpretación constitucional en donde el juez se encuentra circunscrito a los criterios de interpretación fijados por el constituyente. Bajo este panorama, el constituyente ecuatoriano y boliviano ha escogido un modelo interpretativo sujeto al tenor literal e histórico de la norma, buscando preservar la voluntad del creador de la Constitución, entendiendo que el constituyente debe estipular este tipo de cláusulas que cohiban al intérprete de extralimitarse en sus funciones. Por esta razón se trata de un modelo interpretativo en donde los tribunales constitucionales fungen como intérpretes auténticos sustitutos, en el que 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.
33. Bajo el anterior modelo interpretativo anclado en la idea y concepto del poder constituyente acoge una ideología interpretativo originalista que busca preservar los sentidos de la Constitución popular, tratando de impedir que el juez constitucional realice cambios constitucionales informales por vía interpretación constitucional. De esta forma, el excesivo poder en cabeza del juez constitucional termina por generar un traslado en las competencias constituyentes del pueblo hacia el juez constitucional, lo que termina por afectar el principio de soberanía popular y generar fuertes desequilibrios institucionales en la Constitución. Por esta razón, el juez constitucional con capacidad de mutar la Constitución resulta ser contraria a la ideología de la

Constitución democrática anclada en la idea del poder constituyente en cabeza del pueblo con eje y epicentro del poder estatal.

34. Bajo esta idea, las mutaciones constitucionales devienen de las amplias y discrecionales capacidades interpretativas de los jueces constitucionales, situando al juez constitucional en un actor de transformación de la realidad social a partir de sus fallos, sin embargo, esa traslación de la capacidad transformadora y emancipatoria indefectiblemente genera un adormecimiento de las capacidades transformadoras del pueblo desde la Constitución.
35. 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 le dan un alcance diferente al previsto por el constituyente que además sustrae al poder constituyente y a otros poderes con mayor legitimidad democrática de realizar los cambios constitucionales por vías democráticas e institucionales, constituyéndose en una falencia del sistema que coarta al pueblo de realizar los cambios constitucionales por las vías formales y democráticas. En este sentido, las mutaciones constitucionales resultan ser contradictorias con la ontología propia del poder constituyente en cuanto entrega a los jueces la capacidad de crear derecho sin la aquiescencia del poder soberano, incluso le permite desconocer la voluntad del pueblo plasmada en el texto constitucional.
36. Las constituciones creadas a partir de procesos democráticos sin mecanismos reales y participativos de reforma constitucional con el paso del tiempo dejan de ser constituciones democráticas que permiten que los jueces constitucionales asuman un papel de poder constituyente a través de la interpretación constitucional. Por lo anterior, las Constituciones deben no solo ser democráticas por su forma de creación, sino que además deben contemplar mecanismos en que el pueblo pueda modificar sus contenidos constitucionales según las necesidades propias de la 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 mismo, debido a que la Constitución democrática articula mecanismos de reforma de naturaleza participativa en las cuales el pueblo asume una función de poder constituyente permanente.

37. Aparejado a lo señalado, las constituciones que erigen como máximo intérprete de la Constitución a un órgano jurisdiccional o un tribunal constitucional nunca podrá ser interpretado como que esta autoridad sea el único intérprete, ello debido principalmente a que en virtud del principio de soberanía popular y el principio democrático el pueblo debe integrarse a la interpretación constitucional como intérprete último, teniendo la necesidad de que la Constitución integre mecanismos de reforma constitucional de vía democrática popular.
38. 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, removiendo cualquier faceta interpretativa del pueblo. Bajo la idea de supremacía constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución, los jueces constitucionales han mutado la Constitución vía interpretación, teniendo como un eje común en el NCL la reelección presidencial, amplificando los poderes del presidente y fortaleciendo el hiperpresidencialismo latinoamericano, presentándose 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 de decidir sobre el asunto en cuestión por las vías democráticas y popular.
39. Respecto de la ideología de la interpretación constitucional se puede decir 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 ser un modelo 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 la voluntad plasmada en el texto constitucional que impide que los jueces modifiquen los sentidos de la Constitución por vía interpretativa, pero a su vez promueve 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, entre tanto posibilita que el pueblo modifique la Constitución y amplifique los derechos constitucionales por las vías democráticas. Mientras que 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 de límites, cánones o directivas interpretativas previamente fijados por el constituyente a fin de evitar que los poderes constituidos se constituyan en poderes constituyentes y, por el contrario, la interpretación de los poderes constituidos esté dirigida a preservar la voluntad de la constituyente plasmada en la Constitución.

40. Aparejado a un modelo ideológico evolutivo, el canon neoconstitucionalista se integra de un sistema de precedente fuerte que posibilita a los jueces constitucionales a modificar los contenidos constitucionales vía jurisprudencia equiparando los fallos constitucionales a una norma constitucional, lo que deniega el papel de único soberano al pueblo 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 de facto un poder constituyente, por lo que se hace necesario integrar a modelos constitucionales anclados en la idea de poder constituyente, mecanismos de controles externos e internos al precedente a fin de preservar la voluntad popular.
41. 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 legislativo propio del Estado clásico de Derecho, pero a su vez delimite una serie de criterios de interpretación de índole principialista que amplifican las facultades de los jueces constitucionales y deniegan cualquier tipo de límites a sus facultades interpretativas, incluso aun cuando una disputa ya ha sido resuelta por ellos mismos. Lo que en términos prácticos 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.
42. En el caso colombiano, la CCC como máxima interprete 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, en donde pese a que han existido periodos de jurisprudencia amplificadora de derechos,

también han pasado por etapas grises en donde los derechos individuales se han visto restringidos y relegados a un segundo plano vía interpretación judicial. Por otra parte, los derechos de participación en el caos 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 el papel de intérprete a los poderes constituidos. Incluso, el problema señalado ha desconocido jurisprudencia internacional de los derechos humanos que han buscado amplificar los derechos de participación y los derechos políticos de los ciudadanos.

43. Los mecanismos de cambio constitucional en el NCL deberán establecer procedimientos ampliamente democráticos y participativos que integren al pueblo como único poder soberano encargado de modificar los sentidos de la Constitución. Por esta razón, la estipulación de mecanismos de reforma y enmienda constitución con activa participación de los poderes constituidos conlleva que se desvanezca a idea del pueblo como poder constituyente, en tanto sustrae al pueblo de su capacidad emancipatoria y trasformadora de la realidad social en aras de amplificar las competencias de los poderes constituidos.
44. Se hace necesario superar los modelos liberales de interpretación constitucional que reducen los espacios democráticos de cambio constitucional reduciendo los márgenes diferenciadores entre poder constituyente y poderes constituidos. No obstante, se hace necesario revisitar las tipologías normativas incrustadas en las constituciones del NCL, las cuales promueven un monopolio interpretativo en cabeza de los jueces constitucionales.
45. Así las cosas, la propuesta presentada busca establecer criterios de interpretación como límites fijados al intérprete sustituto teniendo 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 a un modelo ideológico de índole originalista centrado en preservar la voluntad del poder constituyente, estableciendo sendos límites a la función interpretativa de los jueces constitucionales. Además de

ello, el sistema institucional deberá acompañarse de una serie de límites exógenos o externos a la interpretación que permita democratizar los cambios constitucionales e impedir que los mismos sean realizados por los jueces, e incluso puedan controlar los cambios constitucionales realizados por los jueces 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, indicando que deberá establecerse una serie de parámetros que faciliten el cambio constitucional por parte del pueblo, pero que dificulten el mismo por parte de los poderes constituidos.

46. La ontología del NCL requiere de la promoción de un modelo interpretativo de carácter popular que ubique al pueblo en la centralidad hermenéutica de la Constitución, permitiendo que este active permanentemente los diversos escenarios de la justicia constitucional y evitando cualquier límite que los poderes públicos quisieran imponer al constituyente. Así mismo los amplios márgenes de participación política promueven una faceta interpretativa activa en cabeza del pueblo que evita que los poderes públicos modifiquen los sentidos de la Constitución de manera arbitraria.
47. Es como mediante la reforma el pueblo recobra su papel de único soberano y poder constituyente, incluso hace necesario promover el uso de mecanismos de participación popular cuando existan dudas frente al sentido de un precepto constitucional, señalando como el juez constitucional debe estar dirigido a amplificar los mecanismos democráticos de participación popular siendo acordes a 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 la faceta del pueblo como único interprete auténtico de la Constitución.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, B. (1999). *La política del diálogo liberal*, Editorial Gedisa, Barcelona.
- AGUILÓ, J. (2012). “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, 35, pp. 235- 258
- ALBERT, R. (2019). “Los métodos de la reforma informal”, *Latín American Law Review*, 3, pp. 29- 47.
- ALBERT, R. (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*, Editorial Externado de Colombia, Bogotá.
- ALBERT, R, NAKASHIDZE, M Y OLCAY, T. (2022). “La resistencia formalista a las reformas constitucionales inconstitucionales”, en *Dikaion*, 31 (1), pp. 5- 49.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Atienza, M y Espejo, I. Centro de estudios constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (2008). “La fórmula del peso”, en CARBONELL, M. (Ed). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de justicia y derechos humanos, Quito, pp. 13- 40.
- ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, En *Revista española de derecho Constitucional*, 91, pp. 11- 29.
- ÁLVAREZ R. (2012). “El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un contexto latinoamericano”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 13 (1), pp. 71- 121.
- ÁLVAREZ, R. (2016). “Tareas pendientes para un constitucionalismo popular latinoamericano”, en *Revista jurídica de San Andrés*, 3 (2), pp. 1- 21.
- ANCHONDO, V. (2012). “Métodos de interpretación jurídica”, *Quid Iuris*, pp. 33-58.
- ÁNGEL, N. (2021). “Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia”, en COURTIS, C. *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales (DESCA)*, Escuela federal de formación judicial. México, pp. 327- 395. Recuperado de: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-02/Manual%20sobre%20justiciabilidad%20de%20los%20DESCA_Tomo%20uno%20rev.pdf
- ANSUATEGUI, F. (2022). “Aporías y paradigmas en Kelsen: en la interpretación de Ferrajoli”, en *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 56, pp. 55- 69.

AÑAZCO, A y AÑAZCO, N. (2022). “Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad”, en *Foro Revista de derecho*, 38, pp. 99- 119.

ARAGÓN, M. (1986). “La interpretación de la Constitución y el carácter objetiva del control jurisdiccional”, en *Revista española de derecho constitucional*, 6 (8), pp. 85-136.

ARAUJO, J. (2006). “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, pp. 853- 878.

ATIENZA, M y GARCÍA, J. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia, Sucre.

ÁVILA, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Ediciones Abya- Yala, Quito.

ALTERIO, A. (2014). “Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8, pp. 227- 306.

ALTERIO, A. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis de grado Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21151>

ALTERIO, A. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, México, D.F.

ARÉVALO, W, y 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”, en *Revista Ius et Praxis*, pp. 393- 830.

ARLAS, B. (2013). “Rigidez e interpretación constitucional”, en *Pensamiento constitucional*, 18, pp. 251- 264.

ATIENZA, M. (2016). *Interpretación constitucional*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá.

ATTARD, M. (2023). *La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional*, Pireo Editorial, Valencia.

BADENI, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional*, 2 Ed, Tomo I, La ley, Buenos Aires.

BALAGUER, M. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

BARAK, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima.

BARNES, J. (1997). “El principio de proporcionalidad Estudio preliminar”, en *Cuadernos de derecho público*, 5, pp. 15- 49.

BARZOTTO, L. (2010). “El guardián de la Constitución. Elementos para una epistemología de la democracia”, en *DIKAIION*, 19(2), pp. 427- 446.

BENAVIDEZ, J. (2016). “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y proceso constituyentes en la región andina”, *En Ius Humani Revista de Derecho*, 5, pp. 173- 188.

BACHOF, O. (2012). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Editorial Palestra, Lima.

BASSA, J. (2008). “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, *nomos*, pp. 41- 70.

BAYÓN, J. (2003). “Derechos, democracia y Constitución”, en CARBONELL, M. (Coord). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Barcelona, pp. 211- 238.

BECHARA, A. (2017). *La carga invertida de los derechos fundamentales: el Estado constitucional como principios y garantías. Dialogo 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?”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 32, pp. 21- 48.

BENÍTEZ, V. (2014). *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia.*, editorial Temis, Bogotá.

BERCHOLC, J. (2017). “Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad. Su utilización por el tribunal constitucional de España”, en *RIL Brasília*, 54 (2), pp. 31- 48.

BETANCOURT, E y ROMERO, C. (2021). “interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos”, en *Sociedad y tecnología. Revista del instituto tecnológico superior jubones*, 4, pp. 482- 499.

BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, Editorial universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BERNAL PULIDO, C. (2007). Refutación y defensa del neoconstitucionalismo, En Carbonell, M. (ed)., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, pp. 289- 326.

BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4 ed, Editorial Externado de Colombia, Bogotá.

BERNAL PULIDO, C. (2018). “Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución”, *Anuario Iberoamericano de derecho de justicia constitucional*, 22, pp. 59- 99.

BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Editorial externado de Colombia, Bogotá.

BÖCKENFÖRDE, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid.

BREWER- CARIAS, A. (2008). “El juez constitucional vs la supremacía constitucional”, en *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 9, pp. 17- 59.

BREWER- CARIAS, A. (2005). “Sobre la reforma constitucional en una sociedad democrática”. Recuperado de: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/1002.-943.-Sobre-la-reforma-constitucional-en-una-sociedad-democrática-Sto.-Domingo-12-7-2006.pdf>, p. 3

BREWER-CARIAS, A. (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- CARIAS, A. (2017). “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, República Dominicana, Santo Domingo.

BREWER-CARIAS, A. (2017). “Derecho administrativo y control de convencionalidad”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, 67 (268), pp. 107- 144.

CABRERA, L. (2014). “El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia”, *DIXI*, 16 (19), pp. 53- 70. R

CACHIN, R. “El nuevo autoritarismo latinoamericano: un reto para la democracia y los derechos humanos (análisis del caso venezolano)”, en *Estudios constitucionales*, 17 (1), pp. 15- 52.

CADENAS, D. (2012). “El poder constituyente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *XV encuentro de latinoamericanistas españoles*, pp. 609- 614

CALLE, M. (2013) *Los derechos fundamentales como normas jurídicas*, Temis, Bogotá.

CALVO, N. (2013). “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, en *Vis iuris*, 1(1), pp. 141- 161.

CAJAS, M. (2007). “Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia”, en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, 7, pp. 19- 40.

CANOSA, R. (1988). *Interpretación constitucional y formula política*, Centro de estudios constitucionales, Madrid.

CANOSA, R. (2022). “Objeto y método de la interpretación constitucional”, en FIGUEROA, G. *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación Centro de Estudios constitucionales, México, pp. 55 -110.

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 Maestría, Universidad de los Andes. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/55315>

CARACCIOLO, R. (1991). “El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción”, en *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, pp. 67- 90.

CARACCIOLO, R. (2022). “¿Existe la Constitución? - Un comentario acerca de las funciones de los jueces constitucionales”, en RIBERI, P y SALAZAR, P (Dir), *Decisión democrática y forma constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas, pp. 61- 84.

CARRILLO, Y y Carrillo, A. (2021). “Problemas, modelos y métodos de la interpretación constitucional”, en *Saber, ciencia y libertad*, 17 (1), pp. 21- 46.

CASTILLA, K. (2019). “El principio pro persona en la administración de justicia”, en *Cuestiones Constitucionales*. 20, pp. 65- 83.

CARBONELL, M. (2012). “Sobre la Constitución viviente”, en *Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas*, 42 (117), pp. 347- 357.

CARPIZO, J. (2009). *El tribunal constitucional y sus límites*, Grijley,

CARPIZO, J. (2009). “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 12, pp. 21- 67.

CARPIZO, J. (2011), “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 131, pp. 543- 598.

CASTRO, F. (2016). *El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y la mutación constitucional*. Tesis de Doctorado en derecho constitucional, Universidad Castilla La Mancha.

CELIS, D. (2021). “La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional”, en *Revista ICON*, 19(4), pp. 1261- 1290.

CELIS, D. (2022). “Las propiedades de la constitución y la justificación de su interpretación especial en el Estado Constitucional”, en *El Agora USB*, 22 (2), pp. 748- 767.

CHAUX, F. (2020). *Adiós a la Constitución ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?* 2 ed. Editorial Temis, Bogotá.

CHÁVEZ, G. (2016). *El control de constitucionalidad de la justicia indígena en el Estado Plurinacional: el caso ecuatoriano*. Tesis Doctorado en derecho, ciencias políticas y criminología, Universidad de Valencia

CHÁVEZ, J. (2021) *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno*, Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de doctor en Estudios avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.

CHIASSENI, P. (2010). *Técnicas de interpretación jurídica*. Breviario para juristas, Marcial Pons, Madrid.

CLERICO, 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, Querétano.

COLON- RÍOS, J. (2013). *La Constitución de la democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

COLÓN- RÍOS, J. (2018), “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”, *Victoria University of Wellington legal research papers*, 18 (19), pp. 1- 15.

COLÓN-RÍOS, J. (2022). “El Estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”, en *DIKAIION*, 31 (2), pp. 1- 27.

CONTRERAS, (2018). “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y Origen”, *Revista de derecho público*, número especial, pp. 373- 387.

CONTRERAS, P y PRIETO, A. (s.f). 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”, en *Revista del CLAD Reforma y democracia*, 48, pp. 89-114.

DALLA, A. (2010). “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en BOGDANDY, A, MORALES, M y FERRER, E. (Coord), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de investigaciones jurídica Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F

DA ROSA, T. (2016). *Precedentes judiciales y legislación*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá.

DA SILVA, J. (1999). “Mutaciones constitucionales”, en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 1, s.p.

DAU LIN, H. (1998). *Mutación de la Constitución*, [Trad. Verdú, P y Förster, C]. Instituto Vaco de Administración pública, Oñati.

DÁVILA, H. (2021). “El principio de separación de poderes y la reelección presidencial en Colombia: un dilema inconcluso”, en *Catalogo editorial*, 1(025), pp. 127- 146.

DE LA CALLE, H. (2009). “El significado político de una nueva reelección”, en *Reelección presidencial*. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/7632>.

DEL ROSARIO, M. (2011). “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”, en *Dikaion*, 20 (1), pp. 97- 117.

DE VEGA, P. (2000). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, editorial Tecnos, Madrid.

DE VEGA, P. (2006). “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, en *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del Estado autonómico*, pp. 1- 27.

DÍAZ, R. (2015). “El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia”, *En Justicia Juris*, 11(2), pp. 50- 57.

DÍAZ, F. (2016). “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Revista Ius*, 37, pp. 9- 31.

DÍEZ, R. (2016). “Constitutionalism and democracy: una tensión inevitable”, en GARGARELLA, R y NIEMBRO, R. (Coord). *Constitutionalismo progresista: retos y perspectivas*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, pp. 191- 220.

DIXON, R y STONE, A. (2016). “Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection”, en DYZENHAUS, D y THORBURN, M (Eds), *Philosophical Foundations of constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford.

DONCEL, J y CAMISÓN, J. (2011). “La polémica Kelsen- Schmitt sobre quien debe ser el defensor de la Constitución”, en *Anuario de la Facultad de derecho*, 29, pp. 129- 149.

DRNAS, Z. (2015). “La complejidad del principio pro homine”, en *Jurisprudencia argentina*, pp. 98- 111. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>

DURÁN, J. (2020). “Interpretación constitucional”, en ANAYA, S. et al, *Teoría de la constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a Jose Albino Tinetti*, 1 ed, Corte Suprema de Justicia, El Salvador

ELY, J. (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Siglo Hombre de editores.

ENRÍQUEZ, P. (2008). Un modelo democrático de justicia constitucional local, [Tesis de doctorada Universidad Michoaca de San Nicolas].

EPSTEIN, L y SEGAL, J. (2005). *Advice and consent: The politics of judicial appointments*, Oxford University Press, New York.

ERREJÓN, I. (2013). “Constituciones de transición y transformación del Estado en los procesos de cambio”, en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 122, pp. 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), *En Anuario facultad de derecho Universidad de Alcalá*, pp. 275- 292.

ESTRADA, S. (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, Editorial Universidad de Medellín, Medellín.

ESCUADERO, J. (2021). “La legitimación activa “popular” y la tutela efectiva en la acción de inconstitucionalidad en Ecuador”, en *Jurídicas*, 18 (1), pp. 56- 73.

ESTRADA, S. (2010). “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad”, en *Vniversitas*, 121, pp. 77-112. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a04.pdf>

ETO, 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 MAC GREGOR, Eduardo, y FLORES, Rogelio, *La constitución y sus garantías a 100 años de la constitución de Queretano de 1917, Memoria del XI encuentro iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretano, Queretano

EZQUIAGA, F. (2012). *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, México.

GARCÍA AMADO, J. (2004). “La interpretación constitucional”, en *Teoría del Derecho Revista de Castillo y León*, 2, pp. 35- 72.

GARCÍA AMADO, J. (2006). ¿existe la discrecionalidad en la decisión judicial?, en *ISEGORIA*, 35, pp. 151- 172.

GARCÍA AMADO, J. (2009). “Controles descontrolados y precedentes sin precedente: a propósito de la sentencia del tribunal constitucional del Perú en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, 2009”, en *Derecho y sociedad*, 33, pp. 336- 348.

GARCÍA, J. (2004). Argumento teleológico: las consecuencias y principios en la obra colectiva. En GIL, R. (comp). *Interpretar y argumentar*, Edición Sánchez jurídicas.

GARCÍA, G. (2007). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración, en *Teoría y realidad constitucional*, 20, pp. 117- 143.

GARCÍA, L. (2011). “La (A) versión en Colombia de las tendencias sobre el constitucionalismo trasnacional.” En Aramburo, M. (Coord.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, Tomo II, Dike, Medellín.

GARCÍA, L. (2013). ¿ideal democrático? Del activismo judicial a la Constitucionalización del derecho, en *Revista civilizar ciencias sociales y humanas*, 13(25), pp. 17-32.

GARCÍA AMADO, J. (2016). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, En *revista Iberoamericana de Derecho*, 13, pp. 1- 22.

GARCÍA AMADO, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México D.F.

GARCÍA AMADO, J. (2020). “Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza”, En *Teoría y Derecho*, 27, pp. 14- 43.

GARCÍA AMADO, J. (2020). “Duplica a Manuel Atienza sobre el objetivismo moral y el derecho”, *En Teoría y derecho, revista de pensamiento jurídico*, 27, pp. 58- 65.

GARCÍA FIGUEROA, A. (2003). La teoría del derecho en tiempos de Constitucionalismo. En Carbonell, M(ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, México, pp. 159-186.

GARGARELLA, R. (2004). “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional”, *La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina*.

GARGARELLA, R. (2006). “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre the people themselves, de Larry Kramer”, *Revista de libros de la Fundación Caja de Madrid*, pp. 158-165.

GARGARELLA, R y COURTIS, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes, CEPAL, Santiago.

GARGARELLA, R. (2010). “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI. Una mirada histórica”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, pp. 30-48.

GARGARELLA, R (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito.

GARGARELLA, R. (2013). “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Anacronismo e irrupción: Revista de teoría y filosofía política clásica y moderno*, 3 (4), pp. 245- 257.

GARGARELLA, R. (2015). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Estudios sociales revista universitaria*, semestre, año xxv, n° 48, Santa fe, Argentina, Universidad Nacional del litoral, primer semestre, pp. 19- 172.

GARGARELLA, R. (2015), “Constitucionalismo vs democracia”, en FABRA J, y RODRIGUEZ, V. (Ed). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, UNAM México, pp. 1991-2009.

GARGARELLA, R. (2016). “Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución”, en GARGARELLA, R y NIEMBRO, R. (Coord), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, pp. 15- 62.

GARGARELLA, R. (2017). “La interpretación y el diálogo democrático”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 4, pp. 169- 207.

GARGARELLA, R. (2018). “Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista Uruguay de ciencia política*, 27 (1), pp. 109- 129.

GARRIGA, C. (2021). ¿el constitucionalismo popular tiene una historia latinoamericana? A vueltas con sus orígenes decimonónicos, en *Palabras a Debate*, 28, pp. 1-25.

GARZÓN, E. (1989). “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 6, pp. 209- 213.

GASCÓN, M. (2016). “Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento político*, 20, pp. 205- 215.

GASCÓN, M y GARCÍA, A. (2003). *La argumentación del derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GAVIRIA, J. (2017). *Inclusión política y gobierno democrático: el problema de la legitimidad del control de constitucionalidad*. [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25040>

GAVIRIA, J. (2019). “Constitucionalismo garantista: democracia y soberanía popular sin el pueblo”, en *Revista Chilena de Derecho*, 46 (1), pp. 155-177.

GONZÁLEZ, J. (2011). “Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la constitución de la política pública y constitucional del bien común?”, en *Vniversitas*, 123, pp. 169- 202.

GONZÁLEZ, R. (2022). “La mutación constitucional: un tema polémico”, en *Ratio Legis*, 2 (3), pp. 61- 81.

GRIVALJA, A y CASTRO, J. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, en *Estudios constitucionales*, 18 (1), pp. 9- 49.

GUASTINI, R. (1997). “Problemas de interpretación”, en *Isonomía Revista de Teoría y filosofía del Derecho*, 7, pp. 121- 131.

GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*. [Trad. Ferrer, J] Editorial Gedisa, Buenos Aires.

GUASTINI, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad nacional Autónoma de México, México.

GUASTINI, R. (2003). “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M (Coord), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid.

GUASTINI, R. (2007). “Sobre el concepto de Constitución”, en CARBONELL, M (Coord), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid.

GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, [Trad. Carbonell, M y SALAZAR, P], Editorial Trotta, Madrid.

GUASTINI, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina jurídica contemporánea, México D.F.

GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

GUASTINI, R. (2015). “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, 43, pp. 11- 48.

GUASTINI, R. (2015). “La interpretación de la Constitución”, en FABRA, J y SPECTOR, E (Ed), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de investigaciones jurídicas, México D.F, pp. 2011- 2085.

GUERRA, M. (2020). *La Corte Constitucional ¿Guardiana o dueña de la Constitución?*, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

GODOY, M. (2016). “Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía constitucional: posibles lecciones para Brasil”, en GARGARELLA, R Y NIEMBRO, R. *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, pp. 167- 190.

FERNÁNDEZ, F. (2013). “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución”, *Revista de las cortes generales*, 89, pp. 7- 88.

FERRAJOLI, L. (1978). “Magistratura democrática”, en IBÁÑEZ, P. (ed), *Política y justicia en el Estado capitalista*, Fontanella, pp. pp. 197-216.

FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 4 ed, Editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. (2006). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, En *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 29, pp. 15- 31.

FERRAJOLI, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, 34, pp.15- 55.

FERRAJOLI, L. (2012). “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, pp. 781- 817.

FERRAJOLI, L. (2011). “El constitucionalismo garantista. Entre paoleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, en *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 34, pp. 311- 360.

FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, (Trad, IBÁÑEZ, P), Madrid, editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. (2016). “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, en *Revista Teoría y Derecho*, 20, pp. 65- 95

FERRERES, V. (1997). *Justicia Constitucional y democracia*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid,

FERRERES, V. (2000). “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 23, pp. 29- 47.

FERREYRA, 2014, “La Corte Suprema de Justicia Argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunales”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, 47, pp. 13- 43.

FLÓREZ, D. (2011). “Derecho y sociedad en el Estado constitucional: una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Haberle”, *Revista de Derecho*, 35, pp. 1-31.

FLÓREZ, D. (2012). “Aproximación al constitucionalismo popular”, en *Cognitio Juris*, 4, pp. 32- 39.

FRANCO, D. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente*, tesis de maestría, Universidad de la Sabana, Bogotá. Recuperado de: <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/31094>

FRIEDMAN, B. (2005). “Constitucionalismo popular mediado”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, pp. 123- 160.

GUZMÁN, C, LUCIO, C y FAJARDO, L. (2015). “Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución”, en FAJARDO, L y GONZÁLEZ, M (comp), *La sustitución de la Constitución*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, pp. 111- 140.

HABERLE, P. (2003). *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

HABERLE, P. (2012), “Funciones y significado de los tribunales constitucionales en perspectiva comparada y comentario a los 60 años del tribunal constitucional, en *Derecho constitucional europeo*, 17, pp. 501- 528.

HÄBERLE, P. (2010). “Métodos y principios de interpretación constitucional. un catálogo de problemas”, *ReDCE*, 7, pp. 379- 411.

HAKANSSON, C. (2009). “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano: una aproximación”, en *DIKAION*, 23 (18), pp. 55- 77.

HAMILTON, H, MADISON, J y JAY, J. *El federalista*, Librodot,

HARO, R. (2012). “La Dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, pp. 191- 224.

HELLER, H. (1971). *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura económica, México.

HENDERSON, H. (2004). “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH*, 39, pp. 71- 99. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r06729-3.pdf>

HERNANDEZ, R. (1993). “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista española de derecho constitucional*, 13 (37), pp. 143- 155.

HESSE, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*, Centro de estudios constitucionales, Madrid.

HIERRO, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid.

HIGHTON, E. (2010). “Sistemas concentrado y difuso de Constitucionalidad”, en BOGDANDY, A, MORALES, M y FERRER, E. (Coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale Comune en América Latina*, Tomo I, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

HUIZA, S. (2021). “Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault”, en *Revista jurídica derecho*, 10 (15), pp. 1- 34.

IBÁÑEZ, P.(2012). “La independencia judicial y los derechos del juez”, en SAIZ, Alejandro (Dir), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid

IGLESIAS, M. (2000). “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *DOXA, cuadernos de filosofía del derecho*, 23, pp. 77- 104.

INARRA, L. (2019). “La limitación constitucional a la reelección de autoridades...”, en *Razón Crítica*, 6, pp. 236- 246.

INSIGNARES, S. (2013). *Integración latinoamericana: su construcción jurídico -política*. Tesis Doctorado “La Europa de las libertades”, Universidad de Valencia.

JARAMILLO, J. (2013). *Manual de Hermenéutica jurídica: análisis constitucional, legal y jurisprudencial*, Biblioteca jurídica Dike, Medellín.

JELLINEK, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*, [Trad. Foster, C]. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

JIMÉNEZ, J. (2002). “La legitimidad democrática del juez constitucional”, *Anales de la catedra Francisco Suarez*, 36, pp. 303- 325.

JIMÉNEZ, M. (2021). *El constitucionalismo procesal débil. Una posible síntesis entre democracia y la Constitución*, Tirant Lo Blanch, Bogotá.

JULIO, A. (2002). “Los tribunales constitucionales y la eficacia ente particulares de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (Comp), *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F, pp. 121- 158.

KALIVAS, A. (2005). “Soberanía popular, democracia y poder constituyente”, en *Política y Gobierno*, 12 (1), p. 91- 124. Recuperado de:

KELSEN, H. (2009). *Teoría pura del derecho*, 4 ed, Editorial Eudeba.

KELSEN, H. (2016). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México. México

KENNEDY, D. (2012). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. MORO, Buenos Aires.

KRAMER, L. (2004). *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University, Oxford.

LANDA, C. (2003). *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Palestra editores, Lima.

LASSA, A. (2019). “La desnormativización constitucional del Estado social de derecho. La contrarreforma silente”, en *Revista Valenciana de Estudios autonómicos. Propuestas de reforma constitucional. Una visión desde la Comunitat Valenciana*, pp. 130- 158.

LEÓN, J, SIERRA, J y TORRES, A. (2021). *Inconvencionalidad de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para restringir derechos políticos*. [Tesis de Pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]. Recuperado de: <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/eb36d492-19ef-414d-b6be-157fdaab5565/content>

ROLLNERT, G. (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, en *Revista española de derecho constitucional*, 34(101), pp. 125- 156.

LÓPEZ, F. (1992). “Autoridad normativa y normas de competencia”, en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de derecho*, 7, pp. 107- 123. Recuperado de: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/55141>

LÓPEZ, D. (2006). *Interpretación Constitucional*, 2 ed, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá.

LÓPEZ, C. (2007). *La mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*, Tesis de Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2534>

LÓPEZ, S. (2015). “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?”, en *Revista Foro*, 23, pp. 53- 68.

LÓPEZ, S. (2017). “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano”, en *Estudios de Deusto revista de derecho público*, 65 (1), pp. 185 -217.

LÓPEZ, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

LOUSADA, J y RON, R. (2015). *La independencia judicial*, Dykinson, Madrid.

LOEWENSTEIN, K. (1979). *Teoría de la Constitución*, Ariel, México

LOZADA, A. (2011). “Sobre la dimensión argumentativa del derecho”, en MONTAÑA, J. (Ed). *Apuntes de derecho procesal constitucional, aspectos generales*, en Centro de estudios y Difusión del derecho Constitucional, Quito

LOZADA, A y RICAURTE, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional*, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito.

MALEM, J y SELEME, H, (2013). “Patologías de la división de poderes”, en *Doxa*, 36, pp. 275- 295.

MARTÍNEZ, A. (2000). “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes. La experiencia colombiana”, en *Revista de Estudios Socio-JURÍDICOS*, pp. 9- 32.

MARTÍNEZ, C. (2018). “Paradojas de la “soberanía popular”. un análisis en clave filosófica”, en *Revista RYP república y derecho*, 3, pp. 1- 26.

MARTÍNEZ, H. (2013). “Protección constitucional de los derechos sociales. Implementación de instrumentos intencionales en las decisiones de la Corte Constitucional”, en *Estudios de derecho*, 71 (158), pp. 21- 40.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en AVILA, R, Grijalva, A y MARTÍNEZ, R. (Ed), “Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Ministerio de justicia y derechos humanos, Quito, pp. 279- 290.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2009). “El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *IUS revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla A.C*, 23, pp. 264- 274.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “¿Qué es el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”?”, en *Gaceta constitucional*, tomo 52, pp- 1- 24.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “La interpretación de la Constitución democrática en el nuevo constitucionalismo”, *XV encuentro de latinoamericanistas españoles*, Nov, 2012, Madrid, España, pp. 634- 644.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo”, en *Revista General de derecho público comparado*, 11, pp. 1- 24.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática”, en MARTÍNEZ, R, *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2015). “Análisis crítico del derecho constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Themis revista de derecho*, 67, pp. 49- 62.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Problemas actuales sobre la interpretación de los derechos”, en *Revista IUS*, 37, pp. 129- 151.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2019). “¿han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?”, *Revista Derecho y sociedad*, N 51, pp. 191- 205.

MASAPANTA C, (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿la Corte Constitucional como constituyente permanente*, Tesis doctoral, Universidad andina Simón Bolívar, Quito. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7534>

MATEOS, J. (2021). “Luces y sombras del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde una perspectiva neoconstitucionalista”, en *Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 24 (3), pp. 431- 441.

MEDICI, A. (2013). “Nuevo constitucionalismo y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento crítico y situado”, *el otro derecho*, 4., pp. 19- 62.

MEDICCI, A. (2016). *Otro nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Centro de Estudios jurídicos y sociales*, San Luis.

MELERO, M. (2017). “Constitución débil”, en *Eunomia*, 13, pp. 198- 210.

MELERO, M. (2019). “La rigidez constitucional mínima como forma débil del constitucionalismo”, en *Isonomía*, 51, pp. 65- 94.

MÉNDEZ, J y CUTIE, D. (2010). “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, 25, pp. 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, Medellín.

MERCADO, D y ECHEVERRÍA, M. (2015). *La interpretación en el derecho*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá.

MIRANDA, M. (2011). “Los sistemas de nombramiento de magistrados en el Derecho Comparado y en el Perú”, en *LEX revista de la facultad de derecho y ciencia política*, 9 (8), pp. 161- 174.

MIRANDA, A, y NAVARRO, P. (2014). “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”, en *Opinión jurídica*, 13 (26), pp. 69- 80.

MONROY, M. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

MONTAÑA, J. (2008). “La función judicial y la justifica indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en AVILA, R, GRIJALVA, A Y MARTÍNEZ, R (Ed), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de justicia y derechos Humanos, Quito

MONTOYA, A. (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)”, en *Colombia Internacional*, 79, pp. 155- 190.

MORA, D. (2020). Paradigmas e interrogantes del Nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la óptica colombiana [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomas de Aquino], Bogotá.

MORAL, L. (2000). “¿es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico”, en *Anuario de Filosofía del derecho*, 17, pp. 337-358.

MORENO, P. (2018). Métodos de interpretación legal y métodos de interpretación constitucional: el juez constitucional. [Tesis de Grado, Universidad de Azuay], Cuenca

MULINO, M. (2018) “La mutación constitucional”, *Anuario*,. 41, pp.60- 83.

NAVARRO, P. (2005). “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía*, 22, pp. 99- 122.

NAVAS, M. (2013). “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, en *Jurídicas*, 10, 2, pp. 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*, Quito.

NAVAS, M. (2017). “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada socio jurídica”, en *Revista culturas jurídicas*, 4 (9), pp. 1- 23.

NEGRI, T. (1992). *El poder constituyente. Ensayo sobre alternativas de la modernidad*, Ed traficantes de sueños, Madrid.

NIEMBRO, R. (2016). “Desenmascarando el constitucionalismo autoritario”, en GARGARELLA, R y NIEMBRO, R. (Coord). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, pp. 223- 264.

NIETO, E. (2015). Constitucionalismo en el siglo XXI ¿neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular?, en *Revista de Economía y Derecho*, 38 (10).

NOCERA, L. (2019). “Contradicciones constitucionales: el tribunal constitucional plurinacional boliviano y la reelección de Morales ¿una práctica de abusivismo constitucional?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 23(2).

NOGUEIRA, H. (2002). “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del sur”, en *Ius et praxis*, 8(2), pp. 71- 92.

NOGUEIRA, H. (2004). “La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales en América del sur”, en *IUS ET PRAXIS*, 10 (2), pp. 197- 223.

NOGUEIRA, H. (2004). “Consideraciones sobre la tipología u efectos de las sentencias emanadas de tribunales constitucionales y corte constitucionales”, en *Ius et Praxis*, pp. 113-158.

NOGUERA, A. (2009). “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios constitucionales*, 7 (2), pp. 143- 205.

NOGUERA, A. (2010). “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”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 87, pp. 121- 1425.

NOGUERA, A. (2010). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia

NOGUERA, A. (2011). “¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, en *Oñati socio-legal series*, 1 (2), pp. 1- 27.

NOGUERA, A. (2011). “El neoconstitucionalismo andino ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista vasca de administración Pública*, 90, pp. 167- 196.

NOGUERA, A, y CRIADO, M. (2011). “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 13 (1)., pp. 15- 49.

NOGUERA, A. (2013). “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democracia entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, En ALTERIO, A y NIEMBRO, R (Coord), *Constitucionalismo popular en América Latina*, Editorial Porrúa, México.

NÚÑEZ, I. (2018). *Neoconstitucionalismo y jurisdicción constitucional*, Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad de Castilla la Mancha. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=248883>

OLANO, H. (2004). “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, en *Vniversitas*, 53 (108), pp. 571- 602.

OLIVER, G. (2021). *Juicios de sustitución constitucional: caso la reelección presidencial, análisis de la sentencia C- 1040 de 2005*, Maestría en derecho con énfasis en derecho público, Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <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 POSTEMA, Mirte (Coord), *Selección de miembros de altas cortes e intendencia judicial*, Aportes Revista de la fundación para el debido proceso DPLF, 17.

OSPINA, P. (2019). “El control de constitucionalidad en Colombia”, *Revista Criterio libre jurídico*, 16 (1), pp. 131- 148.

OVARE, C. (2021). “Los mecanismos de participación ciudadana para el cambio constitucional en América Latina como potenciadores de la democracia”, en *Latín American Review*, 9, pp. 53- 72.

PALACIOS, F. (2008). “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*.”, En AVILA, Ramiro, GRIVALJA, A y MARTÍNEZ, R (Coord), Corte Constitucional de Ecuador.

PALOMINO, J. (2008). “La interpretación constitucional: estándares interpretativos”, en MAC-GREGOR, E y ZALDIVAR, A. (Coord), *la ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 345-352.

PALOMINO, J. (2018). “¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?”, en SANTOS, I y SERNA, J, *La dinámica del cambio constitucional en México*, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 361- 387.

PASARA, L. (2012). “Selección de jueces para las cortes supremas: dificultades y prevenciones”, En POSTEMA, MIRTE, *Selección de miembros de altas cortes e independencia judicial*, Revista de la fundación para el debido proceso (DPLF), 17. Pp. 7- 8.

PAZMIÑO, P. (2009). “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67/68, pp. 27-54.

PAZMIÑO. P. (2010). *Desafiando caminos*, FLACSO, Quito.

PEGORARO, L. (1999). “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución”, en *Pensamiento constitucional*, 6 (6), pp. 221- 241.

PEÑA, A. (2007). “Constitucionalismo y garantismo. Una relación difícil”, *Anales de la Catedra Francisco Suárez*, pp. 237- 257.

PEÑA, D. (2013). “Constitucionalismo popular contestatario”, en *Isonomía*, 38, pp. 225 -243.

PÉREZ, A, CHICA, J y BERIO, E. (2018). El cambio de paradigma del concepto de justicia constitucional y los derechos humanos, Tesis de Grado, Universidad Cooperativa de Colombia. recuperado de: <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”, en Revista *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, pp. 241- 253.

PISARELLO, G. (2011). *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Editorial Trotta, Madrid.

PORTOCARRERO, J. (2011). “El rol de los principios formales en la determinación del margen del control de constitucionalidad”, en *Revista Derecho del Estado*, 27, pp. 75-102.

POSTEMA, M. (2012). “La selección transparente y basada en el mérito es esencial para la independencia judicial”, en *Aportes DPLF Revista de la Fundación para el debido proceso*, 17.

POST, R y SIEGEL, R. (2017). La ira de ROE: El constitucionalismo democrático y el contraataque conservador (Backlash), en *UNA revista de Derecho*.

PRIETO, L. (1991). “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista de centro de estudios constitucionales*, 9, pp. 175- 198.

PRIETO, L. (2001). “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, pp. 201- 228.

PRIETO, L. (2008). “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, M. (edit), *el principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, pp. 85- 124.

PULIDO, F. (2012). “Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional”, en *Dikaion*, 21 (1), pp. 119- 1578.

QUINCHE, M. (2013). *El control de constitucionalidad*, Universidad del Rosario, Bogotá.

QUINCHE, M. (2022). *Los test constitucionales*, Editorial Temis, Bogotá,

QUIROGA, A. (1985). “La interpretación constitucional”, en *Derecho PUCP*, 39, pp. 323- 343.

RAMÍREZ, A. (2016). “Participación ciudadana e interpretación de la constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa”, en *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla IUS*, 37, pp. 171- 192.

RAMÍREZ, A. (2016). “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?”, *Vniversitas*, 132

RAMOS, G. (2021). “El control de convencionalidad americano en Europa”, en *Revista electrónica iberoamericana*, 15 (1), pp. 15- 65.

RAZ, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

REY, J. (2007) “El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución de 1991”, en *Revista Vía iuris*, 4, pp. 63- 74.

RINCÓN, J. (2008). “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, en *Vniverssitas*, 115, pp. 117- 139.

RIVERA, J. (2011). “La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 12, pp. 9- 29.

RIVERA, S. (2022). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, luces en sus principios, sombras en su aplicación orgánica”, *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, pp. 52- 82.

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*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

ROJAS, A. (2019). “El rol de la Ley en la configuración de los derechos fundamentales”, en *Revista de la facultad de jurisprudencia*, 6, pp. 71- 97.

ROZNAI, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá

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”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1(1), pp. 119- 135.

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.”, En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, pp. 129- 160.

SAGÜES, N. (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*. Corte Constitucional, Bogotá, pp. 431- 440.

SAGÜES, N. (2007). “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2, pp. 181- 195.

SAGÜES, N. (2011). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios constitucionales*, 8 (1), pp. 117- 136.

SAGÜES, N. (2012). “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento constitucional*, 16, pp. 183- 193.

SALAZAR, P. (2009). “El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista”, en *RIFP*, 34, pp. 181- 191.

SALAZAR, P. (2011). “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, en *Doxa*, 34, pp. 289- 310.

SALAZAR, P. (2013). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”. En GONZÁLEZ, L y VALADÉS, D. *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 345- 387.

SALAZAR, P y ALONSO, C. (2022). “¿Reformas constitucionales inconstitucionales?”, en RIBERI, P y SALAZAR, P. (dir). *Decisión democrática y forma constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, pp. 251-265.

SALVADOR, A. (2022). “Políticas públicas y control de convencionalidad”, en *Foro revista de derecho*, 38, pp. 76- 98.

SÁNCHEZ, A. (2000). “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista española de derecho constitucional*, 20 (58), pp. 103- 135.

SÁNCHEZ, R. (2017). “Hacia un nuevo modelo de interpretación constitucional”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, 58 (249), pp. 319- 354.

SANÍN, R. (2011). *Teoría crítica constitucional. rescatando la democracia del liberalismo*, Centro de Estudios de difusión del Derecho Constitucional, Quito.

SCHMITT, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Alianza editorial, Salamanca.

SEGOVIA, J. (2013). “La interpretación constitucional populista”, en *Prudentia Iuris*, 76, pp. 107- 129.

SERRA, R. (2011). *La selección de los jueces en Estados Unidos*, Civitas, Madrid.

SERRA, R. (2023). “La selección de jueces en Estados Unidos: la singularidad de un modelo dual y diverso”, en *Teoría y Derecho*, 34, pp. 152-181.

SIEYÉS, E. (2007). *Escritos y discursos de la revolución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

SIMBAQUEVA, J. (2015). “Plebiscitico 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, Madrid,

SOLANO, E. (2007). “La modulación de los efectos de las sentencias de constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en JULIO, A. *Teoría constitucional y políticas públicas*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 521- 614.

SOUSA, F y STRECK, L. (2014). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, pp. 125- 153.

SUSNTEIN, C. (1999). “Constituciones y democracias: epílogo”, en ELSTER, J y SLAGSTAD, R, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de cultura económica, México.

STARCK, C. (2003) “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 7, pp. 479 -493.

STERN, K. (1987). *Derecho del Estado de la republicana federal alemana*, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

STORINI, C y ESCUDERO, J. (2011). “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *Revista general de derecho público comparado*, 9, pp. 1- 33.

STORINI, C. (2008). “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, en *Foro Revista de derecho*, pp. 31- 65.

STORINI, C. (2022). “Ideología, método y límites de la interpretación constitucional”, en *Revista Direitos sociais e políticas públicas*, 9 (3), pp. 35- 61.

STRECK, L. (2014). “Poder judicial y constitucionalismo democrático”, *Revista Estudios constitucionales*, 12 (2), pp. 29 -54.

TAFUR, M. (2019). “Límites a las competencias del tribunal constitucional como organismo contralor del orden constitucional”, en *UIS: Revista de investigación de la facultad de derecho*, 8 (2), pp. 96- 115.

TAMAYO, J. (2013). *Manual de hermenéutica jurídica: análisis constitucional, legal y jurisprudencial*, Biblioteca jurídica Dike, Medellín.

TARUFFO, M. (2005). “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en *Isonomía*, 22, pp. 9- 18.

TARUFFO, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*, [Trad, Cordova, R], Tribunal electoral del poder judicial de la Nación, México.

TEROL, M. (2015). *El neoconstitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

THEA, F. (2014). “La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales”, en *Pensar en Derecho*, 4, pp. 315- 351.

TORRES, A. (2005). “Interpretación teleológica de la Constitución”, en *Revista de derecho político*, 63, pp. 9- 38.

TORRES, R. (2014). “El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes”, en *Revista jurídica U.I.P.R*, 2, pp. 249- 266.

TRAJTMAN, L. (2007). “Derecho vivo y mutación constitucional”, en *Revista Jurídica “docencia et investigation” Facultad de Derecho y ciencia política U.NM.S.M*, 9 (1), pp. 111- 117.

TREMINIO I. (2013). “Las reformas a la reelección presidencial en América Latina”, en *Estudios sociológicos*, 31 (91), pp. 58- 85.

MARTÍNEZ DALMAU, R y TREMOLADA, E. (2014). “integración latinoamericana: democracia y las cláusulas de apertura en el nuevo constitucionalismo”, en TREMOLADA, E. *Los procesos de integración como factor de paz*, Editorial Universidad Externado, Bogotá., pp. 118-147.

TREMOLADA, E Y MARTÍNEZ, R. (2014). “Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración”, en *Vniversitas*, 128, pp. 383- 409.

TREMOLADA, E. (2016). “La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos”, en *IUS Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 10 (37), pp. 103-128.

TRIPOLONE, G. (2019). “Constitucionalismo popular y Estado de derecho”, en *Revista RYD Republica y Derecho*, 4

UPRIMNY, R. (2011). “Las transformaciones constitucionales en América Latina: tendencias y desafíos”. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/04/doctrina28469.pdf>

URIBE, E y CORREA, G. (2012). “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, *Revista de derecho Universidad del Norte*, 38, pp. 196-224.

VII conferencia iberoamericana de Justicia Constitucional. (2009). Los Métodos interpretativos de la jurisdicción constitucional, Boletín del Estado, Merida.

VARGAS, A. (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”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 19, pp. 446- 469.

VARGAS, R. (2020). “Activismo dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad”, *Revista de la facultad de derecho*, 49, pp. 1- 34.

VARGAS, A. (2021). “Constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: aportes para repensar la Constitución peruana”, en *Revista derecho*, 9, pp. 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?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 32, pp. 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”, en *Revista de derecho público: teoría y método*, 1, pp. 53- 84.

VELANDIA, 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, y GARZÓN, E (2022). “Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia”, en FIGUEROA, G. (Coord). *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, en Suprema Corte de Justicia de la Nación centro de estudios constitucionales, pp. 411- 456.

VÉLEZ, P. (2020). *Límites a la Corte Constitucional: una aproximación al constitucionalismo popular moderado*. [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomas de Aquino].

VICIANO, R. (2022). ¿Quién debe defender la Constitución? Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=3JqURYuAwDE>

VICIANO, R. (2015). “Las sinergias entre el garantismo constitucional europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: la influencia del pensamiento de Luigi Ferrajoli”, en *Revista General de Derecho público comparado*, pp. 1- 17.

VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, pp. 9-44.

VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, *Revista Ius*, 25, pp. 8- 29.

VICIANO, R, y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista general de derecho público comparado*, 9, p. 1- 24.

VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *El otro derecho*, 48, pp. 63- 84.

VICIANO, R y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016). “Constitucionalismo de transición y nuevo constitucionalismo latinoamericano” en GARCIA, Miguel, ASENSI, J, BALAGUER., F (Dir), *Constitucionalismo critico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1295- 1314

VICIANO, R y MORENO, 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”, en Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 22, pp. 165- 198.

VIDAL, C. (2021). “Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la república de Weimar”, en GARCÍA, E. (Ed). *Weimar, el momento democrático de los modernos entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, pp. 153- 179.

VIGO, R. (2004). *Interpretación constitucional*, 2 ed, editorial Alberedot Perrot, Buenos Aires

VIGO, R. (2012). *La Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado Constitucional de derecho*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá

VILA, I. (2021). *Fundamento del derecho constitucional colombiano*, 3 ed, Universidad Libre, Bogotá.

VILLABELLA, C. (2017). “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 149, pp. 943- 978.

VILLABELLA, C. (2014). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿un nuevo paradigma?*, Grupo Editorial Mariel, Instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México.

VILLORO, (2015). *El concepto de ideología y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, México.

VON BOGDANDY, A. (2015). “Tus constitucionale en América Latina”, En Revista Derecho del Estado, 34, pp. 3- 50.

WALDRON, J. (2008). “Control de constitucionalidad y legitimidad política, en DIKAIION, 27 (1), pp. 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, Buenos Aires.

WONG, V. (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 Carbonell, M, Fix- Fierro. González, L y Valadés, D. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo IV, Vol. 2, pp. 195- 226.

WROBLEWSKY, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Editorial Civitas, Madrid.

WÜRTENBERGER, T. (2022). “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 6, pp. 601-622.

ZAGREBELSKY, G. (2007). “Jueces constitucionales”, En Carbonell, M. (ed), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid.

ZAGREBELSKY, G. (2008). *El derecho dúctil*, editorial Trotta, Madrid

ZAMORA, F. (2018), “Menos Habermas y más realpolitik ¿qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones?”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, pp. 21- 38.

ZEBALLOS, A y CACERES, E. (2019). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico y del mundo de la vida social: el caso italiano y colombiano”, en *Inciso*, 21 (2), pp. 161- 179.

ZULUAGA, A y ZULUAGA, S. (2018). “Funciones de la ideología en la hermenéutica constitucional. una mirada desde la filosofía de Paul Ricoeur”, en *Opinión jurídica*, 17 (33), pp. 255- 275.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 188 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-581 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 160 de 2013. MP.
Luis Guillermo Guerrero Perez.

sentencia T- 883 de 2014

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-406 de 1992. MP.
Ciro Angarita Baron.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 188 de 1993. MP.
Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-511 de 1994.
Fabio Morón Díaz-

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 483 de 1996. MP.
Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU- 1122 de 2001. MP.
Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T- 1182 de 2001. MP.
Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-637 de 2001. MP.
Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-955 de 2001. MP.
Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 067 de 2003. MP.
Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 584 de 2004. MP.
Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-970 de 2004. MP.
Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 820 de 2006. MP.
Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-756 de 2008. MP.
Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-582 de 1999. MP.
Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-141 de 2010. MP.
Humberto Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-581 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-249 de 2012. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 883 de 2014. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-712 de 2013. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-054 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-659 de 2016. MP. Aquiles Arrieta Gómez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 372 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU- 132 de 2013. MP. Alexei Julio Estrada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-370 de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 325 de 2009. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-089 de 2020. MP. Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-146 de 2021. MP. Cristina Pardo Schlensinger.

CORTE COSNTTUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-278 de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE COSNTTUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-308 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE COSNTTUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-945 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-383 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-747 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-700 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 160 de 2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 997 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 584 de 2004. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 954 de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-098 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-238 de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-617 de 2014. MP. Luis Guillermo Guerrero Perez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-071 de 2015. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-075 de 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-336 de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, sentencia 005-13-SIN-CC.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR sentencias: 003-14-SIN-CC, 184-18-SE-CC, 11-18-CN/19, 34-19-IN/21

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen 001-14 DCR-CC del 31 de octubre de 2014

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, sentencia del 15 de noviembre de 2017.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, sentencia número interno 1131-2014.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA.

SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, sentencia 49 del 3 de febrero de 2009.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, sentencia 0479/2018- S3.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Boyce y otros vs Barbados*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso “Diario Militar” vs Guatemala*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Liakat Ali vs Suriname*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Gelman vs Uruguay*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Petro Urrego vs Colombia.