



**HAL**  
open science

# La interpretación de la constitución democrática en el nuevo constitucionalismo

Rubén Martínez Dalmau

► **To cite this version:**

Rubén Martínez Dalmau. La interpretación de la constitución democrática en el nuevo constitucionalismo. XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, Nov 2012, Madrid, España. pp.634-644. halshs-00874669

**HAL Id: halshs-00874669**

**<https://shs.hal.science/halshs-00874669>**

Submitted on 18 Oct 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**Actas  
Congreso  
Internacional  
América  
Latina:  
La autonomía  
de una región**

**XV Encuentro de  
Latinoamericanistas  
Españoles**

Actas del Congreso Internacional “América Latina: La autonomía de una región”, organizado por el Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (CEEIB) y la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), celebrado en Madrid el 29 y 30 de noviembre de 2012.

Editores:

Heriberto Cairo Carou, Almudena Cabezas González, Tomás Mallo Gutiérrez, Esther del Campo García y José Carpio Martín.

© Los autores, 2012

Diseño de portada: [tehura@tehura.es](mailto:tehura@tehura.es)  
Maquetación: Darío Barboza  
Realización editorial: Trama editorial  
[trama@tramaeditorial.es](mailto:trama@tramaeditorial.es)  
[www.tramaeditorial.es](http://www.tramaeditorial.es)  
ISBN-e: 978-84-92755-88-2

# LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Rubén Martínez Dalmau<sup>1</sup>

## Resumen

Tras una revisión teórica de la interpretación constitucional y el análisis de las dificultades internas y externas que conlleva, se estudian dos casos del nuevo constitucionalismo donde, partiendo de la problemática de la interpretación de la Constitución democrática, se buscan fórmulas que dirijan la función interpretadora desde el propio poder constituido, pero anclado en la decisión del constituyente. Se muestra también cómo se complementan con mecanismos de legitimidad democrática de los órganos de control de la constitucionalidad novedosos en Derecho comparado.

## I. Interpretación constitucional e interpretación legal: la intervención del poder constituyente

La interpretación de la Constitución ha sido objeto de interés creciente durante las últimas décadas. A medida que se ha avanzado políticamente en la aplicación de la Constitución, técnicamente se hacía más importante el acompañamiento del organigrama institucional propio de un sistema de control concentrado de la constitucionalidad a través de diferentes instrumentos que facilitaran la interpretación *auténtica*, aun en el margen de incertidumbre característico de la naturaleza del propio *poder constitucional* en sentido kelseniano.

En primer lugar, cabe recordar que la especificidad de la interpretación constitucional es un largo tema debatido tanto en el marco de la filosofía del Derecho como del Derecho constitucional, por cuanto se trata de uno de los principales denominadores comunes entre ambos campos de estudio del hecho jurídico. El neoconstitucionalismo, fundamentalmente, en su empeño por traducir la Constitución política en Constitución normativa y el papel adjudicado al juez ordinario en este aspecto, ha insistido en las diferencias entre ambas interpretaciones. Pozzolo<sup>2</sup> identifica a una serie de autores, diversos en latitudes y pensamientos, dentro de la categorización neoconstitucional: Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y, en parte Nino. La autora señala cuatro características comunes en las construcciones de estos autores, que justificarían su incorporación en la categoría *neoconstitucional*, que ella denomina *neoconstitucionalista*: la preeminencia constitucional de los principios, estructuralmente diferentes a las normas; las condiciones de aplicabilidad propias de los principios (ponderación) respecto a las normas (subsunción); el *contenido sustancial condicionante* por parte de la Constitución de las normas subconstitucionales; y el papel de interpretación creativa de la jurisprudencia en la *interpretación moral* del caso a la que obligaría la Constitución.

Por su lado, Guastini<sup>3</sup>, consciente de su posición minoritaria, ha catalogado y criticado los argumentos por los cuales buena parte de la doctrina considera que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos, en especial de la ley, para lo cual requeriría de métodos especiales diferentes de los que usualmente se usan en la interpretación de la ley: a) el hecho de que los textos constitucionales sean diferentes de cualquier otro texto normativo en virtud de su objeto, puesto que disciplinan la "materia constitucional", aunque el concepto "materia constitucional" abarca una regulación mayor que la única Constitución, por lo que también incluiría leyes "ordinarias"; b) las Constituciones no sólo están compuestas por reglas, sino que también incorporan principios y valores, aunque tampoco se trata de una exclusividad de los textos constitucionales por cuanto algunas normas generales, como los códigos civiles o penales, también formulan principios y valores; c) las Constituciones regulan relaciones políticas entre órganos del Estado y entre el Estado y la ciudadanía, por lo que requerirían de una interpretación *evolutiva o dinámica*, si bien, por un lado, las normas constitucionales no se agotan con la disciplina de las relaciones políticas, y los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por vía de interpretación; d) los textos constitucionales estarían hechos para durar en el tiempo, porque tienen que ofrecer una organización estable, razonamiento que por un lado no se aplica a todas las Constituciones y, por otro, se repite el argumento de la ilegitimidad del intérprete para proceder a la reforma constitucional. No existiría en opinión de este autor, por lo tanto, razones sólidas no rebatibles para defender la especificidad de la interpretación constitucional.

<sup>1</sup> Rubén Martínez Dalmau. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universitat de València. ruben.martinez@uv.es

<sup>2</sup> Pozzolo, Susana, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *Doxa* n° 21-II, 1998, págs. 339-341.

<sup>3</sup> Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008, págs. 53-58.

Ahora bien; en su análisis, por otro lado certero desde la dimensión puramente jurídica de la interpretación, Guastini parece pasar por alto a la hora en el análisis sobre la existencia o no de la especificidad en la interpretación constitucional la naturaleza democrática o derivada, en cualquiera de sus formas, del poder constituyente que dio origen a la Constitución<sup>4</sup>. En efecto, la especificidad carece de sentido desde una postura puramente positivista donde la interpretación de la Constitución es, en definitiva, la interpretación de una ley (fundamental); cuando ha sido generada por el poder constituido, es posible acceder a la interpretación originaria de la misma institución que la originó.

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<sup>5</sup>.

Por otro lado, la interpretación de la Constitución democrática obedece necesariamente a criterios metajurídicos, *políticos*, propios de su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. En efecto; el juicio de *constitucionalidad* de la norma constitucional sólo puede tener lugar -salvo la posibilidad, que se comentará, de las *normas constitucionales inconstitucionales*- en la decisión sobre el significado de la norma en su contexto, lo que al final lo convierte necesariamente en un criterio sistemático/contextual de interpretación. Pero propiamente no existe norma jerárquica superior a la Constitución democrática, la única originaria del poder constituyente democrático<sup>7</sup>, puesto que en caso de existir la Constitución no podría ser fruto de un poder constituyente popular ni, por lo tanto, democrática. Por lo que *sustantivamente* cabría una especificidad en la interpretación de la Constitución democrática respecto de la legal.

Desarrollando el argumento, cabe recordar la diferencia, fundamental en este aspecto, entre aquellas Constituciones que cuentan con su origen legitimador en el poder constituyente democrático y aquellas que han sido obtenidas de cualquier otra índole: impuestas, otorgadas, o aprobadas o modificadas desde el poder constituido ("poder constituyente derivado"). Como se ha explicado en otra sede<sup>8</sup>, la emergencia de un constitucionalismo democrático debía incorporar, de forma principal, la consagración del pueblo como titular de la soberanía, una vez la soberanía se conformó como la nueva fuente de legitimidad del orden jurídico-político<sup>9</sup> y, por lo tanto, el sujeto principal que debe ser transformado en la transición del Estado hacia una forma democrática de configuración. La articulación de los dos elementos immanentes, soberanía y poder constituyente/poder constituido, establece el *continuum* de entre legitimidad, potencialidad y actividad del poder. El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene la capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo,

<sup>4</sup> No así respecto a las técnicas de la interpretación constitucional, donde se refiere a la intención de los constituyentes, aunque sin diferenciar entre las Constituciones fruto del poder constituyente democrático y aquellas que pueden no serlo (*ibid.* págs. 69 y 79).

<sup>5</sup> Más complejo es el análisis en los casos de control difuso como el norteamericano, aunque en definitiva cabría concluir que existe cierta tendencia a la *concentración* en la Corte Suprema. De hecho, como ha advertido Fernández Segado apelando a Capelletti, la virtualidad didáctica de los adjetivos "difuso" y "concentrado" es grande, pero hoy no se puede decir que retraten la realidad, por lo que su valor explicativo es dudoso: hoy en día existe una clara convergencia entre ambos modelos. "En el sistema americano, la *Supreme Court* presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por la vía del *writ of certiorari*, la *Supreme Court* se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales". Fernández Segado, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad "modelo americano-modelo europeo kelseniano" como criterio analítico de control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 2002, págs. 33 y 34. Por otro lado, como veremos, el acercamiento también se produce desde el sistema concentrado por cuanto el juez ordinario acaba, en el día a día, actuando como juez que aplica la Constitución (y por lo tanto, la interpreta).

<sup>6</sup> En general, cfr. Viturro, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*. Ad Hoc-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002, págs. 56 y ss.

<sup>7</sup> Cuestión diferente es la *aplicación* de normas superiores que cumplen el papel de criterios interpretativos, como los tratados internacionales de derechos humanos o el Derecho comunitario. Pero son las cláusulas constitucionales de apertura las que legitiman este uso, por lo que no se trata propiamente de normas jerárquicamente superiores, sino aplicadas de forma complementaria o preferente a la Constitución. Sobre la diferencia entre aplicación y jerarquía, cfr. el Dictamen del Tribunal Constitucional español 1/2004 (13 de diciembre), *sobre la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, donde se afirma que "Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto".

<sup>8</sup> Martínez Dalmau, Rubén, "El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo". *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 11, julio 2012, págs. 5 y ss.

<sup>9</sup> Asensi Sabater, José, *La época constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 134 y 135.

ilimitado, único e indivisible<sup>10</sup>. El pueblo es, en definitiva y con toda su ambigüedad –es en esta ambigüedad donde se sustenta su potencialidad revolucionaria-, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. Sin soberanía, sin poder constituyente, no existe pueblo, y el constitucionalismo pierde el carácter democrático en el que se fundamenta el siempre difícil equilibrio entre legitimidad democrática y organización del poder político.

Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado constitucional. La elección y el control efectivos de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la Constitución material - democrática-, principal característica del Estado constitucional. La distinción fundamental es, por lo tanto, entre las Constituciones democráticas, fruto del poder constituyente popular, y las que no lo son.

La Constitución democrática es, en definitiva, donde la que cobra sentido la distinción entre interpretación legal e interpretación constitucional; y donde ésta última se arropa con las necesidades de legitimidad de la función constitucional que no requiere cualquier otra interpretación que sería, en todo caso, interpretación legal.

## II. Dificultades internas y externas para la interpretación de la Constitución democrática: la voluntad del poder constituyente y el reto de la integración

Las Constituciones democráticas son fundamentalmente Constituciones principistas. Desde los debates clásicos y las primeras consideraciones sobre el carácter normativo de los principios durante la trascendental época de transformación desde el positivismo ideológico al positivismo metodológico<sup>11</sup>, mucho se ha avanzado en esta materia. Tras los aportes del diferendo entre Dworkin y Hart y la crítica a la regla *hartiana* de reconocimiento<sup>12</sup> que protagonizó buena parte de la batería de concepciones del Derecho defendidas por la doctrina desde finales de la década de los setenta del siglo pasado, se puede estar a favor o no de una lectura moral de la Constitución-en términos *dworkinianos*-, pero es difícil discutir el funcionamiento de la estructura ponderación de principios/subsunción de reglas, más necesario que nunca en el marco de la hermenéutica constitucional, plagada de los primeros tanto en sentido amplio como concreto (derechos). Una técnica que requiere de la interpretación adecuada al contexto constitucional en el que conviven principios y reglas.

636

En este aspecto, la interpretación de la constitución democrática no es sustancialmente diferente a la de hermenéutica legal, y los problemas de ponderación/subsunción son fundamentalmente los mismos. Sí cuenta con particularidades en el conflicto entre principios y reglas constitucionales, porque la voluntad del poder constituyente legitima tanto unos como otras. En principio, si se trata de un poder homogéneo cuyos resultados no deberían diferenciarse donde el poder constituyente no quiso diferenciar. Pero esta conclusión no da respuesta al problema.

De hecho, la solución a esta controversia sólo puede derivarse, desde luego, de la prioridad interpretativa que tenga lugar. Puesto que la ponderación, finalmente, exige preeminencia de una decisión sobre otra -aunque es cierto que particular, no en todos los casos, a diferencia de la subsunción-<sup>13</sup>, las soluciones pueden ser intrínsecamente incompatibles por mucho que se esfuercen en buscar una mitigación de los efectos más adversos. En el caso de las posibles *normas constitucionales inconstitucionales*, en el sentido de Bachof<sup>14</sup>, es donde más claramente puede observarse esta asintonía reflejada finalmente en posiciones lógicamente contradictorias: la *regla* constitucional opuesta a un *principio* constitucional es o no es constitucional, sin que quepan posiciones intermedias en la decisión final por cuanto se ha agotado el campo de acción de la interpretación *compatible*. Se puede justificar la *excepcionalidad* de la regla con base, fundamentalmente, en la *intención* de los constituyentes de crear una particularidad conociendo su carácter excepcional por ser conscientemente contrario al principio, o se puede defender -como propone Bachof- la incompatibilidad lógica y abstracta de la regla con el principio y, por lo tanto, la

<sup>10</sup> Según la definición que realiza Pérez Triviño, agrupando las menciones de los clásicos (Pérez Triviño, José Luis, *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 29).

<sup>11</sup> Principalmente el protagonizado por Forsthoff, quien en términos de Volkman "evoca un intento de preservar un modelo de Estado procedente de un mundo ya periclitado", y Smend, quien influyó sobre el Tribunal Constitucional alemán en el paso "desde una ordenación jurídico-formal a una valorativa, preñada de valores o vinculada a valores". Cfr. Volkman, Uwe, "El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política". *Teoría y Realidad Constitucional* n°21, 2008, págs. 193-197.

<sup>12</sup> En general, cfr. Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997, págs. 54 y ss.

<sup>13</sup> De hecho, una de las características de los principios, como defiende Guastini, es que se trata de "normas derrotables" frente a las reglas. (*cit.* págs. 75 y ss). Y, cuando se trata de un conflicto entre principios, ¿qué es la ponderación si no una *jerarquía axiológica móvil* entre los principios en conflicto? "El principio que tiene *más valor* prevalece sobre el otro: se aplica, mientras que el otro se deja de lado. Obsérvese: los criterios de solución de los conflictos *lex posterior* y *lex superior* no juegan ningún papel en esta representación" (*ibid.* pág. 88).

<sup>14</sup> Después de la Segunda Guerra Mundial, Bachof planteó la necesidad de considerar el orden material de valores como superior a las reglas formales, lo que implicaría una jerarquía entre los grandes principios y los preceptos concretos, que supondría finalmente la posibilidad de que, en caso de contradicción entre unos y otros, los segundos fueran declarados inconstitucionales. Bachof plantea varias posibilidades de normas constitucionales inválidas, tanto por oponerse a la Constitución escrita como al Derecho constitucional no escrito. Cfr. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra, Lima, 2010, págs. 69 y ss.

*inconstitucionalidad material* de la regla constitucional, aunque formalmente forme parte de la Constitución; pero, en definitiva, cualquier ejercicio modulador ha fracasado en la función interpretativa.

Ahora bien; mientras la incompatibilidad lógica es una cualidad intrínsecamente objetiva, la *intención* de los constituyentes no deja de estar constituida por un núcleo de interpretaciones subjetivas; principalmente porque, al no estar presente el generador de la decisión<sup>15</sup>, sólo podemos acceder a esta *voluntad* de forma indirecta, a través de los documentos de referencia o, de forma aún más débil, por fuentes orales. En todo caso, se trata de interpretaciones sobre voluntades donde entendemos, seguramente de forma errada, que la intención fue clara; ni siquiera podemos estar seguros de si existía el problema en el momento correspondiente o no, o si la excepción fue considerada realmente como tal excepción o, de alguna forma, si los propios constituyentes se planteaban la posibilidad de que sólo lo fuera de forma mitigada -en combinación con el principio contrario-, problema que se resolvería en el marco del poder constituido: esto es, en la interpretación y aplicación de la Constitución. Recordemos finalmente que el principio contrario no es menos *intención* -y por lo tanto, *voluntad*- del constituyente que la regla; de hecho, cualquier conclusión a la que podamos llegar sobre la intención, justamente por su carácter subjetivo, conllevará una interpretación alternativa, también subjetiva, contraria a aquélla.

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<sup>16</sup>. 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 aminora 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 intérprete (poder constituido) se traduzca ilegítimamente en mutación constitucional<sup>17</sup>, como de hecho es común en algunos de los sistemas más conocidos<sup>18</sup>.

Por lo tanto, ¿qué nos demuestra finalmente la distinción entre la contradicción lógica y la *voluntad* del constituyente? Que la decisión final sobre la resolución del conflicto entre principios y/o reglas constitucionales, por cuanto no cuenta con normas jerárquicamente superiores a la propia Constitución respecto a las cuales basar los fundamentos, es finalmente una decisión política<sup>19</sup>. Éste será el carácter de la función del intérprete auténtico de la Constitución.

Ahora bien, las cuestiones apuntadas sobre el intérprete auténtico de la Constitución derivan necesariamente, como veremos, hacia las condiciones en que tiene lugar la función interpretativa. El problema de la Constitución *abierta* es la dificultad en establecer controles tanto a la función interpretativa de los tribunales constitucionales como, estrictamente, a sus técnicas de interpretación: no obstante, algunas de las nuevas constituciones introducen prioridades en la función interpretadora, que acompañan la configuración constitucional de la institución responsable del control de la constitucionalidad. Así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 hace referencia al tenor literal en el marco de una interpretación sistemática y, subsidiariamente, a la plena vigencia de los derechos, la voluntad originaria, y los principios generales de la interpretación constitucional. La Constitución boliviana de 2009

<sup>15</sup> La interpretación constitucional de la Constitución democrática sólo puede realizarse en el marco del poder constituido; con el poder constituyente democrático activo, prevalece la *voluntad* constituyente.

<sup>16</sup> Es curioso que justo en una Constitución con un fuerte debate sobre su legitimidad a sus espaldas, la norteamericana de 1787, acabe siendo tan leal con la voluntad de los *padres constituyentes*. En este sentido, afirma Richards que "no existiendo ningún requisito lógico de que la intención de los padres constituyentes juegue un papel primordial en la interpretación constitucional, sin embargo esta práctica ha devenido típicamente norteamericana, y el dar peso y sentido a esta práctica norteamericana constituye un criterio de aceptabilidad de la teoría de la correcta interpretación de la Constitución de los Estados Unidos" (Richards, David A. J., "La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n°1, septiembre-diciembre 1988, pág. 143).

<sup>17</sup> Entendida por Häberle como cambio en el significado constitucional "a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, (que) se produce de manera discreta y sin formalización" (Häberle, Peter, *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003, pág. 62)

<sup>18</sup> A diferencia de interpretación de la Constitución con posibilidades de ser modificada por el poder constituido; en ese caso, la abstracción en los preceptos constitucionales es lo que ofrece la garantía para evitar la mutación constitucional. "¿Es excesiva la rigidez?", se pregunta Ferreres. "Lo sería, ciertamente, si la Constitución expresara los derechos y libertades en términos tan taxativos que, con el transcurso del tiempo, se creara un divorcio entre su contenido y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Pero si la Constitución recurre a la abstracción, este riesgo se reduce drásticamente" (Ferreres Comella, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional". *Doxa* n° 23, 2000, pág. 46).

<sup>19</sup> Que sea política no quiere decir que no sea criticable, especialmente cuando puede llegar a resultados que no sólo atentaría contra el tenor literal del texto en el contexto, sino contra la misma generación de procesos y relaciones democráticas. Pensemos, por ejemplo, en la aplicación del concepto normas constitucionales inconstitucionales por la jurisdicción constitucional y la interpretación de las diferencias en la aplicación de la voluntad originaria del poder constituyente originario y del derivado. Cfr. Martínez-Barahona, Elena, "Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua". *Revista de Ciencia Política* vol. 30, n° 3, 2010, págs. 732 y ss.

se refiere también, en un sentido parecido a la anterior -aunque la redacción del texto le precedió cronológicamente-, a la voluntad del constituyente y a la integralidad de la Constitución para establecer su significado<sup>20</sup>.

Otra dificultad, en este caso externa, insoslayable en cuanto a la interpretación de la Constitución democrática es el reto de los procesos de integración y, en menor medida, de las dinámicas federalizantes, que crean diferentes manifestaciones constitucionales en diferentes niveles de gobierno, en lo que se ha dado en llamar "constitución compuesta" o "constitucionalismo multinivel"<sup>21</sup>. El problema de fondo en la incorporación del constitucionalismo multinivel en su dimensión supraconstitucional es su cuestionamiento sobre el carácter democrático del poder constituyente que sustenta la estructura de poder público. Como afirma Amirante, la *gobernanza europea*, caracterizada por una neta prevalencia de una dimensión tecnocrática orientada al mercado por encima de la dialéctica democrática, implica una crisis estructural de la soberanía popular que, afirma el autor, "por ahora parece irreversible"<sup>22</sup>.

La aparición de la conocida como *cesión de soberanía* cuenta con su origen en la necesidad de exorcizar los excesos acometidos durante la última contienda bélica mundial. Se trata, en términos de Amirante, de que "la idea de una cesión de funciones y poderes del tradicional concepto de soberanía estatal en favor de instituciones u organizaciones internacionales en orden a garantizar la paz y la justicia entre las naciones fue una consecuencia ética y política, más que jurídica en sentido estricto, de la Segunda Guerra Mundial, que dramáticamente había puesto luz sobre los peligros que representaba la concepción clásica de un poder soberano entendido como un poder absoluto del Estado, no sólo respecto al *ius ad bellum*, sino también como árbitro incuestionable del régimen jurídico de los derechos humanos"<sup>23</sup>.

Pero no puede confundirse la soberanía de los Estados con la soberanía popular. El Estado es poder constituido; por lo tanto, es poder limitado. Ni siquiera el término kelseniano, con tanto arraigo posterior, de *soberanía de la Constitución*, puede entenderse en un sentido rousseauniano, sino más bien en el limitado de Bodino. La cesión de soberanía puede darse en el marco del Estado, no en el marco del pueblo. Lo contrario sería negar la existencia de un poder constituyente popular con carácter transformador y, lo que es peor, sustituir su voluntad democrática por la *negociada* en el marco de los acuerdos internacionales, aun bajo el resguardo de la Constitución. Recordemos que la Constitución democrática se eleva como la máxima jerarquía en el ámbito de la legitimidad y, por lo tanto, de la juridicidad. En el marco de la voluntad expresada del poder constituyente popular, el *constitucionalismo multinivel* sólo puede ser la denominación de una metáfora o de una explicación politológica; nunca un cuestionamiento a la Constitución democrática.

638

### III. ¿Control difuso o control concentrado?

En las academias aún permanece vivo un debate que pareciera debería haberse superado hace tiempo en el marco de la Constitución democrática: cuál es el sistema de control de la constitucionalidad más propio de una Constitución. Por supuesto, la respuesta al interrogante depende de la variable sobre el concepto de Constitución al que hagamos referencia. De nada sirve hablar de control de constitucionalidad, en general, si la Constitución no es considerada *ley superior*, porque sólo en este caso, en el supuesto de conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos jurídicos de rango inferior, se entiende la prevalencia del criterio constitucional<sup>24</sup>. Y de poco sirve, o incluso puede ser contraproducente, si la Constitución no está legitimada democráticamente. Entendiendo la Constitución como la voluntad del poder constituyente expresada en una norma suprema que determina derechos y organiza el poder constituido, el debate se traslada desde la conveniencia de un sistema de control de la constitucionalidad hacia el sistema de control de la constitucionalidad más conveniente.

El gran aporte de la Constitución democrática es que nos asegura una voluntad fijada y plenamente legitimada para consolidarse como norma suprema del ordenamiento jurídico: la voluntad del poder constituyente. Por lo tanto, podemos exorcizar cualquier intento de transformar la voluntad del poder constituyente en la voluntad del poder constituido, lo que en términos de cambio constitucional significa, en términos de Häberle, "despedirnos" de la mutación constitucional<sup>25</sup>. Pero el riesgo de la mutación constitucional, y de la transformación de la voluntad del poder constituyente en la voluntad del poder constituido, es real. Tan real como necesario, porque entra de plano en el marco de la interpretación constitucional, mecanismo intrínseco a la aplicación de la Constitución. "Por la sola vía de la interpretación -advierte Häberle-, ya sea la de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o

<sup>20</sup> Vid. *infra* IV.

<sup>21</sup> Cuyo principal caso es el de la construcción del proceso europeo de integración. Cfr. Maestro Buelga, Gonzalo, "Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea". *Teoría y Realidad Constitucional* n° 15, 2004, págs. 133-158.

<sup>22</sup> Amirante, Carlo, "European governance e Costituzione europea: fra revisione tacita e "anestesia" dei sistemi costituzionali degli stati membri", en Gambino, Silvio y D'Ignazio, Guerino, *La revisione costituzionale e i suoi limiti : fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*. Giuffrè, Milan, 2007, pág. 226.

<sup>23</sup> *Ibid.* pág. 227.

<sup>24</sup> De Vega García, Pedro, "Jurisdicción constitucional y crisis de la jurisdicción". *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n°7, enero-febrero 1979, pág. 93.

<sup>25</sup> Häberle, *cit.*, nota al pie.



la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente"<sup>26</sup>.

Frente a la creación *histórico-jurisprudencial* del sistema de control difuso en Estados Unidos y en el marco de la recuperación de la Constitución normativa, en Europa surgió durante el siglo XX el sistema racionalizado de control concentrado de la constitucionalidad<sup>27</sup>. La fórmula kelseniana, finalmente triunfante en sus aspectos más destacados, incidía en el cómo, pero el porqué de la creación de un sistema de control concentrado formaba parte de los debates del momento, propios del nuevo estadio del constitucionalismo<sup>28</sup>. La razón es clara: además de las condiciones que desaconsejaban la aplicación del control difuso en Europa, se entendía que la Constitución democrática debía ser objeto de permanente protección. Se trataba de combinar tres condiciones necesarias en la nueva fase del constitucionalismo: la existencia de una voluntad constituyente fijada en un texto constitucional (por lo tanto, constituido), con las limitaciones que comportaba; la Constitución como *lex suprema* (dimensión normativa de la Constitución); y la necesidad de relacionar los dos elementos anteriores con la legitimidad y función legislativa del Parlamento, así como la función judicial de aplicación y, por lo tanto, interpretación, del Derecho. La relación entre estas categorías no es fácil, y es imposible cuando falla alguna de ellas. "La jurisdicción constitucional -afirma De Vega- emerge históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución. Sucede, sin embargo, que la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un sentido histórico y político. Y es, en última instancia, desde ese prisma valorativo, donde hay que entender e interpretar la justicia constitucional"<sup>29</sup>.

Por otro lado, el triunfo final y difusión de los tribunales constitucionales como, según la descripción de Nogueira, órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, que utilizan procedimientos jurisdiccionales para la interpretación y defensa de la Constitución<sup>30</sup>, se traduce en que hayan sido instituciones estudiadas y mejoradas, en torno a las cuales se producen los principales debates sobre su innovación; pero no presupone en absoluto que sean los únicos modelos teóricos posibles en el futuro del control concentrado de la constitucionalidad. La Constitución democrática necesita una interpretación auténtica, lo que no conlleva necesariamente que esté en manos de un tribunal constitucional, ni mucho menos que esté cerrado la estructura, origen y funciones del máximo órgano encargado de la vigilancia de la constitucionalidad.

En el marco de los mecanismos preferidos en la actualidad -a través de los tribunales constitucionales-, en muchas ocasiones las posiciones neoconstitucionalistas han encontrado oposición en el control concentrado de constitucionalidad donde no la debería haber. Los temores se basan en el monopolio de la interpretación auténtica por parte del tribunal constitucional, que pareciera restar capacidad al juez ordinario para aplicar de forma directa la Constitución. Como afirma Pozzolo, según la doctrina constitucionalista, el agente consciente del cambio constitucional, o de la interpretación evolutiva de la Constitución, es el juez constitucional. Pero también el juez ordinario, en la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida a obtener normas directamente aplicables a las controversias. Esto generaría un problema de compatibilidad con el equilibrio de poderes constitucionales reconocido en gran parte de las Constituciones contemporáneas<sup>31</sup>. De ahí la defensa de los sistemas difusos -tan denostados, por otro lado, por el *constitucionalismo popular*<sup>32</sup>- o incluso mixtos de control de la constitucionalidad<sup>33</sup>.

Ahora bien; el cuestionamiento, muchas veces, ve fantasmas donde no los hay. La diferencia entre el juez constitucional y el juez ordinario, en el marco de la Constitución democrática, es una diferencia sustancial sólo por cuanto el primero realiza la función de intérprete *auténtico* de la Constitución. Por lo demás, como ya se ha hecho referencia, el papel del juez ordinario como aplicador de la Constitución supera en buena medida la bipolaridad sistema difuso/sistema concentrado y acerca ambos sistemas<sup>34</sup>. Quizás el uso de la terminología kelseniana nos

<sup>26</sup> *Ibid.* págs. 62 y 63.

<sup>27</sup> Un sistema de control concentrado de la constitucionalidad no significa, necesariamente, la existencia de un tribunal constitucional. Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales*. Revista de Derecho vol. XIV, julio 2003, págs. 63 y ss.

<sup>28</sup> Entre ellos, el más conocido fue el entablado entre Schmitt y Kelsen sobre quién debía ser el defensor de la Constitución (lo que no discutía, en esencia, que debía haber un defensor de la Constitución). Cfr. Herrera, Carlos Miguel, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos (Nueva época) n° 86, octubre-diciembre 1994, págs. 195-227.

<sup>29</sup> "(...) Cuando las Constituciones, lejos de actualizar un sistema de valores, se convierten en meros instrumentos de falsificación de la realidad política, dejan, por tanto, sin justificación posible la defensa dentro de ellas de ningún sistema de justicia constitucional. Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo entonces, a nivel político, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar" (De Vega, cit. pag. 95).

<sup>30</sup> Nogueira, cit. pag. 63.

<sup>31</sup> Pozzolo, cit. págs. 347 y 348.

<sup>32</sup> Que basa su tesis, como define Gargarella, en la "común desconfianza frente al elitismo que distingue la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial", partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que la justicia). Cfr. Gargarella, Roberto, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Nino", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 534 y ss.

<sup>33</sup> V. gr. Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Abya Yala; UASB; Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011, págs. 65 y ss.

<sup>34</sup> Vid. *supra* I; cfr. Fernández Segado, cit. págs. 14 y ss.

oculta el significado del concepto: es el máximo intérprete de la Constitución, por lo que sus decisiones al respecto vinculan a todos, incluidos -obviamente- los jueces ordinarios. No significa que los jueces ordinarios no apliquen directamente la Constitución, porque sería lo mismo que negar la normatividad de la misma y, por tanto, su existencia. De hecho, tampoco los tribunales constitucionales y los jueces ordinarios cuentan con el monopolio de la interpretación constitucional en la denominada por Häberle "sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución". En el campo jurídico, "muchos círculos problemáticos y ámbitos de la Constitución material no llegan al juez constitucional, por falta de competencia judicial o por ausencia de instancias ante el tribunal. Sin embargo, la Constitución material "vive" también aquí: sin interpretación constitucional por el juez"<sup>35</sup>. La legitimidad democrática de la Constitución sólo tiene una consecuencia jurídica principal: la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, todos los jueces ordinarios son, también, jueces constitucionales.

El principal límite a la capacidad creativa del juez ordinario en la aplicación de la Constitución es, junto con la legislación (constitucional), la interpretación del Tribunal Constitucional. Lo contrario, como se ha demostrado históricamente en el caso norteamericano, e incluso en los sistemas de control mixto como el venezolano<sup>36</sup>, sería contar con múltiples interpretaciones, particulares, de la Constitución, sin apenas mecanismos para protegerla fundamentalmente del legislador inconstitucional, pero también del juez ordinario. Una Constitución protegida, con garantías de su aplicación, requiere de una interpretación de cierre que evite las diaclasas constitucionales. Entenderlo en otro sentido sería apostar por una Constitución incapaz de *invadir* al resto del ordenamiento jurídico por sus propias limitaciones; es decir, negar la esencia misma de lo que defiende el neoconstitucionalismo. Se trata de dejar sólo las interpretaciones difíciles, que conllevan decisiones sobre la inconstitucionalidad de leyes o sentencias, en manos del control concentrado. Recordemos que el control concentrado es, a su vez, difuso en la mayor parte de la actuación de los operadores políticos, que han hecho suya la Constitución democrática. Por esa razón no sólo no existe contradicción entre neoconstitucionalismo como intervención constitucional en el Derecho y control concentrado de la constitucionalidad como salvaguarda de la dimensión normativa de la Constitución: son mecanismos complementarios que se fortalecen recíprocamente.

Respecto al juez ordinario, el citado límite de impedir que puedan dejar de aplicar por su propia cuenta normas jurídicas por entender que son inconstitucionales es una característica propia de la estructura de la Constitución y la forma como ésta funciona en el campo de la normatividad. Y no puede inferirse en términos racionales de la propia Constitución democrática que su carácter de norma suprema se traduce en el control difuso negativo. En términos de Letelier, "las relaciones entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional no vienen dadas ni por el reconocimiento de la jerarquía normativa de la Constitución ni por preconizar una defensa irrestricta de los derechos fundamentales. Este tipo de relaciones, al contrario, debe ser construido expresamente a través del pacto constitucional a través de decisiones generadas democráticamente"<sup>37</sup>.

No parece que quepa duda, por lo tanto, sobre la necesidad de un control concentrado de constitucionalidad en la Constitución democrática para que se consolide fuertemente la aplicación normativa, y a su vez política, de la Constitución. El problema es otro: la legitimidad del Tribunal constitucional y los mecanismos de interpretación que éste, principalmente, usará para decidir el significado en su función de máximo intérprete.

#### IV. *Controlling the watchmen*: La interpretación constitucional desde la propia Constitución democrática

Respecto a la legitimidad del tribunal constitucional, la doctrina está plagada de lugares comunes que suelen insistir en la legitimidad jurídica: es la propia Constitución la que prevé la organización y funciones del órgano concentrado de la constitucionalidad, por lo que está plenamente legitimado para desarrollar esta misión. El planteamiento kelseniano -soberanía de la Constitución, tribunal constitucional como garante- apenas ha sufrido modificaciones en las últimas décadas, y el estudio de los diferentes modelos comparados de conformación y control del tribunal constitucional se suelen limitar a los procedimientos de elección de sus miembros y a las cláusulas de independencia.

En el mejor de los casos, se ha intentado actualizar la explicación de la legitimidad del tribunal constitucional aludiendo al modelo *procedimentalista* de Habermas: en términos de Jiménez, para Habermas "el tribunal constitucional obtiene su legitimidad no tanto porque sus miembros sean elegidos por cierto método, lo que no deja de tener importancia, aunque sea desde un punto de vista estratégico, como por lo que ellos hacen. Esto es, la legitimación la obtendrían por sus decisiones o mejor dicho, antes que por sus decisiones, por la manera en que las alcanzaran, por la manera en que las fundamentaran"<sup>38</sup>. Se trata de una legitimidad *a posteriori* del tribunal constitucional, basada más en *cómo* desarrollan sus funciones que en *quiénes* y *por qué* desarrollan las funciones. Pero el mismo autor descubre las preguntas que hay detrás del planteamiento habermasiano: "¿Cómo sabemos que las decisiones del tribunal constitucional se ocupan del carácter racional de las condiciones procedimentales del

<sup>35</sup> "(...) Los participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan independientemente un derecho constitucional material. El derecho procesal constitucional no es el único acceso al procedimiento de la interpretación constitucional" (Häberle, *cit.* pág. 160).

<sup>36</sup> Cfr. Casal H., Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, págs. 81 y ss.

<sup>37</sup> Letelier Wartenberg, Raúl, "Jueces ordinarios y justicia constitucional". *Revista Chilena de Derecho* vol. 34, n° 3, 2007, pág. 570.

<sup>38</sup> Jiménez Sánchez, José J., "La legitimidad democrática del juez constitucional". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 36, 2002, pág. 324.

proceso democrático?, es decir, ¿cómo sabemos que sus decisiones se atienen a lo establecido por su programa de actuación?, ¿por lo que nos diga el propio tribunal?, ¿quién vigila al tribunal constitucional para que se atenga en sus decisiones a un control de racionalidad orientado por principios procedimentales y no por razones sustantivas?"<sup>39</sup>.

Seguramente estamos ante cuestiones que no son susceptibles de obtener una respuesta conforme, en el sentido de completa. De hecho, nadie nos puede asegurar la racionalidad en la diferencia entre los principios procedimentales y los fundamentos políticos, por la sencilla razón de que negar el carácter político del tribunal constitucional sería, como hemos visto, negar la propia existencia de un control de constitucionalidad. Las nuevas constituciones latinoamericanas están dando un ejemplo claro de cómo puede superarse el esquema tradicional en la legitimidad democrática de origen del tribunal constitucional a través de fórmulas inéditas de participación. Su relevancia en el campo de la recomposición de las relaciones entre soberanía y gobierno es elevada: como afirma Noguera, "las nuevas constituciones latinoamericanas, aparecidas durante las dos últimas décadas, han supuesto la creación e introducción de mecanismos novedosos, no existentes en el constitucionalismo tradicional, que ponen la primera piedra para una auténtica rearticulación de las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación y, por tanto, para una democratización de la justicia constitucional"<sup>40</sup>. Estos mecanismos, en algunos casos, constituyen cambios radicales de paradigmas: la legitimidad democrática del tribunal constitucional ha experimentado nuevas fórmulas con la Constitución boliviana de 2009, la primera en regular -y aplicar- la existencia de un tribunal constitucional, por otro lado de carácter plurinacional, elegido democráticamente a través de sufragio universal<sup>41</sup>, cuyos resultados en el tiempo aún no conocemos.

Pero lo que nos preocupa en este trabajo es la dimensión de la legitimidad funcional, *a posteriori*: ¿puede la propia Constitución democrática establecer mecanismos sustanciales que determinen los criterios a seguir por parte de los tribunales constitucionales en sus procedimientos?. Esto es, ¿cabe en la Constitución democrática una *metodología interpretativa* de obligado cumplimiento por parte del órgano concentrado de control de la constitucionalidad? La necesidad de establecer cauces de control jurídico a las funciones del tribunal constitucional para buscar la máxima relación entre voluntad del poder constituyente y normatividad constitucional parecen indicar que sí. De hecho, no es extraño en Derecho comparado la incorporación de cláusulas de interpretación particulares, fundamentalmente en el marco de la aplicación de los derechos fundamentales, como el principio *pro homine* o la apelación a la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos. Pero sólo recientemente encontramos verdaderas guías interpretativas de la función del tribunal constitucional en las nuevas constituciones latinoamericanas.

Consideremos los dos modelos más concluidos. Veamos en primer lugar el caso boliviano, en la Constitución de 2009, que aunque aprobada con posterioridad a la ecuatoriana fue redactada antes que ésta. El artículo 13 nos introduce una clásica norma de apertura interpretativa, como las que podemos encontrar en Constituciones como la colombiana de 1991 o la venezolana de 1999, que busca mantener las garantías que históricamente se han producido en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

#### Artículo 13

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, 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 Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Posteriormente, la Constitución incorpora en el artículo 256 una nueva norma de apertura, pero esta vez no sólo de interpretación (256.II, que establece la premisa de la mayor favorabilidad), sino de aplicación de derechos.

#### Artículo 256.

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

Hasta aquí, pocas novedades. La Constitución boliviana diferencia claramente entre aplicación y jerarquía, lo que debería evitar problemas de interpretación por parte de los operadores jurídicos, en particular el Tribunal Constitucional Plurinacional. La norma jerárquicamente superior sigue siendo, de acuerdo con el artículo 410.II de la Constitución boliviana: "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 subordinado a la Constitución, de lo que no cabe ninguna duda a tenor de la literalidad del propio artículo, que insiste en ello durante

<sup>39</sup> *Ibid.* pág. 325.

<sup>40</sup> Noguera, Albert, "¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo". *Oñati Socio-legal Series* v. 1, n° 2, 2011, pág. 23.

<sup>41</sup> Art. 198 Constitución boliviana 2009.

la enumeración de las normas jerárquicas que realiza, donde inscribe a los tratados internacionales como jerárquicamente inferiores al texto constitucional.

Ahora bien, el aspecto más interesante, en cuanto a la interpretación de la Constitución, está en el artículo 196 del texto constitucional donde, después de establecer las funciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, se prevé la metodología interpretativa a la que se ha hecho referencia.

Artículo 196.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Nótese, por un lado, que se trata de un mandato al Tribunal Constitucional Plurinacional. Pero la especificación no conlleva límite en cuanto a la posibilidad -podría decirse que necesidad- de que los jueces ordinarios, en la aplicación de la Constitución, utilicen los mismos criterios, siempre a expensas finalmente de la decisión particular, en los casos que la haya, del Tribunal Constitucional. Por otro lado, hay que hacer notar que los criterios establecidos son los defendidos anteriormente como necesarios en la interpretación de la Constitución democrática: el método originario (voluntad del constituyente expresada en sus documentos, actas y resoluciones, lo que busca eliminar el carácter extrasubjetivo de otras fuentes, como las orales) y el tenor literal del texto que, necesariamente, debe entenderse en el contexto (en cuanto a que el texto no es sólo el texto de la norma correspondiente, sino de la Constitución). En tercer lugar, es importante resaltar que no existe prelación entre las diferentes técnicas hermenéuticas, sino que la interpretación tendrá lugar "con preferencia" (y no exclusivamente) teniendo en cuenta la voluntad del constituyente "así como" el tenor literal de las normas constitucionales. La decisión, finalmente, corresponderá al intérprete, que deberá realizar un ejercicio de equilibrio y combinación de técnicas para dotar de sentido al resultado de la función interpretadora. La cláusula de interpretación prevista en el artículo 196.II es, para Vegacenteno, "la constitución de la constitución"<sup>42</sup>.

El caso ecuatoriano es más, si cabe, interesante que el anterior. La Constitución de 2008 prevé asimismo una serie de normas particulares destinadas a la interpretación específica de los derechos, como el artículo 11.5:

Artículo 11

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

También en este caso estamos ante una cláusula clásica, escrita o no, en la interpretación de los derechos. Se trata de una previsión destinada a la interpretación de la Constitución, incluso del resto del ordenamiento jurídico, por parte de los operadores jurídicos. En el caso ecuatoriano, además, el constituyente de 2009 dio un paso decisivo hacia el control concentrado de constitucionalidad, estableciendo los mecanismos institucionales destinados a asegurar la vigencia de la Constitución:

Artículo 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

(...)

<sup>42</sup> Vegacenteno, Horacio Andaluz, "La organización jurídica del poder: el Sistema de fuentes en la Constitución boliviana de 2009" *Universitas* n° 120, enero-junio 2010, pág. 37.

Ahora bien, es el artículo 427, en un estilo semejante al boliviano –el proyecto de Constitución boliviana, que ya había sido aprobado durante la etapa de discusión y redacción de la Constitución ecuatoriana, era ampliamente conocido por los constituyentes de Montecristi-, el que incorpora la novedosa guía interpretadora, que busca encaminar la función de la Corte Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional.

#### Artículo 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.

Como se ha afirmado en otra sede<sup>43</sup>, no se trata de un “*numerus clausus*” de criterios interpretativos, sino la apuesta por una metodología de 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 históricos. La Constitución intenta protegerse de la amenaza de una mutación constitucional que varíe la voluntad del poder constituyente expresada en su texto. Para ello, establece dos niveles interpretativos: uno primero, declarativo de los casos ordinarios –la norma no específica, a diferencia del caso boliviano, que está destinada al intérprete auténtico-, fundamentado en el *texto* (tenor literal) y en el *contexto* (Constitución en su integralidad). Y un segundo nivel, para los casos difíciles (duda) donde incorpora la plena vigencia de los derechos –insistiendo así en la previsión del mencionado artículo 11.5- y la interpretación originaria, dejando abierta la posibilidad de introducción de otros “principios generales” de la interpretación constitucional.

Se trata, en conclusión, de dos casos del nuevo constitucionalismo donde, partiendo de la problemática de la interpretación de la Constitución democrática que se ha analizado, se buscan fórmulas que dirijan la función interpretadora desde el propio poder constituido, pero anclado en la decisión del constituyente. Se complementan con mecanismos de legitimidad democrática de los órganos de control de la constitucionalidad novedosos en Derecho comparado. Finalmente, sólo el tiempo dirá si es una solución válida en la difícil encrucijada de encontrar salidas de la interpretación que más conviene a la Constitución democrática.

#### Bibliografía

Amirante, Carlo, “*European governance e Costituzione europea: fra revisione tacita e "anestesia" dei sistemi costituzionali degli stati membri*”, en Gambino, Silvio y D’Ignazio, Guerino, *La revisione costituzionale e i suoi limiti : fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*. Giuffrè, Milan, 2007.

Asensi Sabater, José, *La época constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Abya Yala; UASB; Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011.

Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra, Lima, 2010.

Casal H., Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

De Vega García, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la jurisdicción”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n°7, enero-febrero 1979.

Dictamen del Tribunal Constitucional español 1/2004 (13 de diciembre), *sobre la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

Fernández Segado, Francisco, *La obsolescencia de la bipolaridad "modelo americano-modelo europeo kelseniano" como criterio analítico de control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 2002.

Ferrerres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”. *Doxa* n° 23, 2000, págs. 29-47.

Gargarella, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Nino”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008.

<sup>43</sup> Martínez Dalmau, Rubén, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en Ávila Santamaría, Ramiro; Grijalva Jiménez, Agustín; y Martínez Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 286.

- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.
- Herrera, Carlos Miguel, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos (Nueva época) n° 86, octubre-diciembre 1994, págs. 195-227.
- Jiménez Sánchez, José J., "La legitimidad democrática del juez constitucional". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 36, 2002, págs. 303-325.
- Letelier Wartenberg, Raúl, "Jueces ordinarios y justicia constitucional". *Revista Chilena de Derecho* vol. 34, n° 3, 2007, págs. 539-574.
- Maestro Buelga, Gonzalo, "Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea". *Teoría y Realidad Constitucional* n° 15, 2004, págs. 133-158.
- Martínez-Barahona, Elena, "Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua". *Revista de Ciencia Política* vol. 30, n° 3, 2010, págs. 723-750.
- Martínez Dalmau, Rubén, "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional", en Ávila Santamaría, Ramiro; Grijalva Jiménez, Agustín; y Martínez Dalmau, Rubén (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Martínez Dalmau, Rubén, "El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo". *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 11, julio 2012.
- Noguera, Albert, "¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo". *Oñati Socio-legal Series* v. 1, n° 2, 2011.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales*. Revista de Derecho vol. XIV, julio 2003, págs. 43-66.
- Pérez Triviño, José Luis, *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos, Madrid, 1998.
- Pozzolo, Susana, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *Doxa* n° 21-II, 1998, págs. 339-353.
- Richards, David A. J., "La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n°1, septiembre-diciembre 1988, págs. 141-172.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997.
- Vegacenteno, Horacio Andaluz, "La organización jurídica del poder: el Sistema de fuentes en la Constitución boliviana de 2009" *Universitas* n° 120, enero-junio 2010, págs. 17-59.
- Vituro, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*. Ad Hoc-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002.
- Volkman, Uwe, "El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política". *Teoría y Realidad Constitucional* n°21, 2008, págs. 187-217.