

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO,
MORAL I POLÍTICA**



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

TESIS DOCTORAL

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE
BOLIVIA**

EDGAR PEÑA VENEGAS

DIRIGIDA POR:

PROF. DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

VALENCIA 2013

DEDICATORIA

A mis Padres Edgar y Wilma, mi esposa Gladys y a mis hijos Edgar Kevin, Nicole y Melissa, fuente de mi inspiración.

AGRADECIMIENTOS:

A la Universitat de Valencia por ser una Institución de Excelencia Académica.

Al Prof. Dr. Pedro Talavera Director de la Tesis

A Todos los docentes de la Escuela de Postgrado por sus enseñanzas.

A mis compañeros (as) de estudio del Doctorado.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
AGRADECIMIENTOS	8

CAPÍTULO I

LA TENSION LATENTE ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1. EL PLANTEAMIENTO CLÁSICO DEL ESTADO <i>LEGISLATIVO</i> DE DERECHO	10
2. EL NUEVO MODELO DE ESTADO <i>CONSTITUCIONAL</i> DE DERECHO	14
<i>a) Los jueces deben hacer valer la Constitución por encima de la ley.....</i>	17
<i>b) Las constituciones son reflejo de la moral social</i>	18
3. DEBILITAMIENTO DEL <i>PRINCIPIO DE LEGALIDAD</i> FRENTE AL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD	20
<i>a) Desaparece la supremacía de la Ley</i>	22
<i>b) Pérdida de las notas esenciales de generalidad y abstracción</i>	23
<i>c) Distinción entre reglas y principios</i>	26
4. EXIGENCIA DE <i>ARGUMENTACIÓN</i> EN LA DECISIÓN JUDICIAL	28

CAPITULO II

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 Y LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO BOLIVIANO. LA PLURINACIONALIDAD COMO PRINCIPIO Y EJE DEL SISTEMA JURÍDICO

1. SÍNTESIS HISTÓRICA DEL PANORAMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO	34
2. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 2009 Y LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO BOLIVIANO	38
2.1. La plurinacionalidad como “ <i>hecho fundante básico</i> ” del Estado y de la Constitución de Bolivia	41
2.2. La <i>plurinacionalidad</i> en el diseño del nuevo modelo de Estado de derecho en Bolivia	46
a) <i>La plurinacionalidad en el modelo de democracia: la “democracia plurinacional” (representativa, comunitaria e intercultural)</i>	48
b) <i>La plurinacionalidad en el modelo territorial: el “estado de las autonomías”</i>	49
c) <i>La plurinacionalidad en el modelo de justicia: el “pluralismo jurídico”.</i>	51
d) <i>La plurinacionalidad en el modelo social-económico: la “economía comunitaria” como elemento de la economía plural</i>	53
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA ...	56
3.1. Notas esenciales de los derechos fundamentales en la Constitución boliviana	59
a) <i>Inviolabilidad o carácter absoluto</i>	59
b) <i>Universalidad</i>	63
c) <i>Indivisibilidad e interdependencia</i>	68
d) <i>Progresividad e inalienabilidad</i>	71
3.2. Función subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales	76
3.2.1. <i>Función subjetiva</i>	76
3.2.2. <i>Función objetiva</i>	78
4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA BOLIVIANO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	79
5. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	82
6. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE BIENES CONSTITUCIONALES	86

CAPÍTULO III
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
EN EL NUEVO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

1. ESTADO CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN JURÍDICA	93
1.1. Presupuestos actuales de la interpretación jurídica.....	93
1.2. El modelo <i>tradicional</i> de interpretación jurídica	95
1.3. Necesidad de un nuevo modelo interpretativo	98
2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN <i>CONSTITUCIONAL</i> DE LAS NORMAS	101
2.1. Interpretación «de» la Constitución	104
2.2. Interpretación « <i>desde</i> » la Constitución	108
3. PARÁMETROS PARA LA INTERPRETACIÓN ‘ <i>DE</i> ’ LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA	110
3.1. La controvertida <i>titularidad</i> de la interpretación constitucional en el sistema boliviano	112
3.2. Interpretación de la legalidad ordinaria en el derecho boliviano.....	119
3.2.1. <i>El control constitucional de la interpretación de la legalidad ordinaria</i>	121
3.2.2. <i>Posiciones sobre la interpretación de la legalidad ordinaria</i>	122

CAPITULO IV
EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. EL CARÁCTER SUPRALEGAL DE LA CONSTITUCIÓN.....	130
1.1. El origen de la supralegalidad constitucional	131
1.2. El fundamento jerárquico de la supralegalidad constitucional	134
1.3. El fundamento político y legislativo de la supralegalidad constitucional	139
1.4. Garantías jurídicas de la <i>supralegalidad</i> constitucional	142
1.5. Naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad	145

2. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	147
2.1. Los <i>mecanismos</i> de control constitucional	149
2.2. El <i>control judicial directo</i> sobre la constitucionalidad de las normas.....	151
2.3. La actuación propia de los Tribunales Constitucionales	155
3. EL MODELO <i>JURISDICCIONAL</i> DE CONTROL CONSTITUCIONAL	159
3.1. Naturaleza jurídica común del <i>control jurisdiccional</i>	161
3.2. Los órganos específicos del control jurisdiccional	163
3.3. El control jurisdiccional <i>concentrado</i>	166
3.4. El control jurisdiccional <i>difuso</i>	168

CAPITULO V

LOS SISTEMAS VIGENTES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. MODELO NORTEAMERICANO Y MODELO CONTINENTAL

1. GÉNESIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	171
2. EL MODELO NORTEAMERICANO: CONTROL DIFUSO O <i>JUDICIAL REVIEW</i>	179
3. EL MODELO CONTINENTAL: CONTROL <i>CONCENTRADO</i>	186
3.1. Modelos de designación de magistrados de las Cortes o Tribunales constitucionales	190
a) <i>Excepciones a los nombramientos políticos</i>	191
b) <i>Autoridades políticas encargadas de los nombramientos</i>	192
c) <i>El recurso a las mayorías cualificadas</i>	194
3.2. El estatuto de los jueces constitucionales en el Derecho comparado	195
a) <i>Los criterios de elección</i>	195
b) <i>La duración y renovación de los mandatos</i>	198
3.3. Garantías de los magistrados constitucionales	199
3.4. Organización interna de los Tribunales o Cortes constitucionales	202
3.5. Algunas conclusiones sobre los sistemas de control constitucional	207

CAPITULO VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA BOLIVIANO

1. GÉNESIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA	209
1.1. Antecedentes remotos	209
1.2. El control de constitucionalidad <i>difuso</i> establecido por la Constitución de 1967 hasta las reformas de 1994	211
2. EL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DISEÑADO POR LA CPE DE 2009 Y POR LA LEY 027 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL	216
2.1. El diseño de control constitucional establecido por la nueva CPE	217
2.2. La Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP).....	220
2.2.1. <i>Disposiciones generales de la LTCP</i>	221
2.2.2. <i>Jurisdicción constitucional y justicia constitucional</i>	223
2.2.3. <i>Control constitucional de las disposiciones legales</i>	226
a) <i>El control normativo previo</i>	227
b) <i>El control normativo correctivo</i>	227
2.2.4. <i>Control sobre el ejercicio del Poder Político</i>	228
2.2.5. <i>Control sobre el respeto y vigencia de los Derechos Fundamentales.</i>	229
2.2.6. <i>Principios de la jurisdicción constitucional</i>	230
a) <i>Principios procesales</i>	232
b) <i>Principio de supremacía constitucional</i>	238
c) <i>Titularidad de la interpretación constitucional</i>	240
d) <i>Principio de presunción de constitucionalidad</i>	242
e) <i>Métodos aplicables en la interpretación de la Constitución</i>	243
f) <i>Principios y criterios rectores de la interpretación constitucional</i>	246
2.2.9. <i>Principio de conservación de la norma</i>	250
2.2.10. <i>Principio de cosa juzgada constitucional</i>	251
2.2.11. <i>El carácter vinculante de las resoluciones constitucionales</i>	253

CAPÍTULO VII

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DISEÑADO POR LA LEY 027 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES	257
2. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO..	259
2.1. El control previo en la legislación francesa	259
2.2. El Control previo de constitucionalidad en la legislación española.....	262
3. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LE LEY 027 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EL LA LEY 254 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	265
3.1. Fundamentos del <i>control previo</i> en el sistema boliviano.....	265
3.2. Supuestos de <i>control previo</i> en el sistema boliviano	270
4. CONSULTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROYECTOS DE LEY.....	272
4.1. Carencias materiales en la regulación	275
4.2. Carencias formales en la regulación	277
5. CONSULTAS DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS ORIGINARIO CAMPESINAS SOBRE LA APLICACIÓN DE SUS NORMAS JURÍDICAS A UN CASO CONCRETO...	280
5.1. Carencias materiales en la regulación	281
5.2. Carencias formales de la regulación	283
6. CONSULTA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO	284
6.1. Carencias materiales de la regulación.....	286
6.2. Carencias formales de la regulación	288
7. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTOS DE ESTATUTOS O CARTAS ORGÁNICAS DE ENTIDADES TERRITORIALES	289
7.1. Carencias materiales de la regulación.....	292
7.2. Carencias formales de la regulación	293

8. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA RATIFICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES	294
8.1. Carencias materiales de la regulación	297
8.2. Carencias formales de la regulación	299
9. CONTROL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	299
9.1. Carencias materiales de la regulación	303
9.2. Carencias formales de la regulación	305

CAPÍTULO VIII

EL CONTROL POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA BOLIVIANO

1. EL CONTROL POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDAD	306
1.1. Control constitucional normativo	311
1.2. Control sobre el ejercicio del Poder Político	312
1.3. Control sobre el respeto y vigencia de los Derechos Fundamentales ..	313
2. EL CONTROL CORRECTIVO DE TIPO NORMATIVO. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	313
2.1. Acción de inconstitucionalidad abstracta	314
2.2. Acción de inconstitucionalidad concreta.....	318
2.2.1 <i>Valoración jurídica de la Acción</i>	324
2.2.1. <i>Funcionamiento procesal de la Acción</i>	326
3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER POLITICO	333
3.1. Conflictos de competencias entre órganos del poder público	333
3.2. Conflictos de competencias entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas y conflictos entre éstas últimas.....	337
3.3. Conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental	351

4. RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL	356
4.1. Recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales	356
4.2. Recursos contra resoluciones del órgano legislativo plurinacional.....	359
4.3. Recurso directo de nulidad	362
5. LAS ACCIONES DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CPE	366
5.1. Acción de libertad	368
5.1.1. <i>Las causales previstas para su interposición</i>	369
a) <i>El concepto de ‘Vida en peligro’</i>	369
b) <i>La noción de “estar ilegalmente perseguido”</i>	372
c) <i>La noción de “procesamiento ilegal o indebido”</i>	373
d) <i>Detención y apresamiento indebido o ilegal</i>	374
5.1.2. <i>Regulación legal de la Acción</i>	375
a) <i>Legitimación</i>	375
b) <i>Juez o Tribunal competente</i>	377
c) <i>Admisión y citación, audiencia y resolución</i>	378
5.2. Acción de amparo constitucional	380
5.2.1. <i>Naturaleza del amparo constitucional</i>	380
5.2.2. <i>La subsidiariedad del amparo constitucional</i>	382
5.2.3. <i>Cuestiones procedimentales</i>	387
a) <i>Legitimación</i>	387
b) <i>Juez o Tribunal competente</i>	388
c) <i>Participación de terceros interesados</i>	390
5.2.4. <i>Efectos de la resolución</i>	391
5.3. Acción de protección de la privacidad	391
5.3.1. <i>Naturaleza constitucional de la Acción</i>	392
5.3.2. <i>Tratamiento de la Acción en la jurisprudencia constitucional</i>	393
5.3.3. <i>Regulación legal de la Acción</i>	396
a) <i>Subsidiariedad relativa de la Acción</i>	397
b) <i>Legitimación activa y pasiva</i>	398
c) <i>Otros aspectos procesales</i>	399
d) <i>Resolución y efectos</i>	400
e) <i>Competencia para el conocimiento de la acción</i>	401

5.4. Acción de cumplimiento	402
5.4.1. Sentido de la Acción de cumplimiento en el Estado boliviano	402
5.4.2. Naturaleza jurídica de la Acción	405
5.4.3. Contenido específico y diferencias con la Acción de amparo	407
5.4.4. Regulación legal de la Acción	411
a) Carácter subsidiario	411
b) Legitimación activa	415
c) Legitimación pasiva	416
d) Cuestiones procedimentales	417
5.4.5. La Acción de cumplimiento y las resoluciones judiciales	420
5.5. La Acción Popular	422
5.5.1. Naturaleza jurídica de la Acción popular	422
5.5.2. La activación simultánea de instancias paralelas	424
5.5.3. El carácter 'colectivo y difuso' de los derechos protegidos	427
a) Intereses 'colectivos' e intereses 'difusos'	428
b) La protección de derechos e intereses colectivos y difusos en la CPE	430
5.5.4. Legitimación activa y pasiva	431
CONCLUSIONES	434
BIBLIOGRAFÍA	443
ANEXOS	
ANEXO I SÍNTESIS DE NORMAS DECLARADAS INCONSTITUCIONALES (1994-2007)...	465
ANEXO II ESTUDIO SOCIOLÓGICO RELATIVO AL TC	478
ANEXO III SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD RELEVANTES	493

INTRODUCCIÓN

En los últimos años son incontables en Bolivia las sentencias del Tribunal Constitucional que vienen declarando la inconstitucionalidad, total o parcial, de disposiciones legales de todo tipo y rango. La cifra es tan llamativa que comienza a causar un estupor generalizado debido al enorme margen de inseguridad e incerteza que genera. En este sentido, acogiendo un dicho que gana cada día popularidad en nuestro país: llama la atención que no se haya planteado ya la “inconstitucionalidad” de la propia Constitución.

La ingente cantidad de normas declaradas inconstitucionales suscita, en efecto, una gran perplejidad, no sólo en los operadores jurídicos (los profesionales del Derecho) sino también en la ciudadanía, puesto que se va imponiendo y extendiendo cada vez más la convicción de que algo no está funcionando bien en nuestro sistema. Tanto es así que en uno de los anexos de este trabajo doctoral hemos consignado un análisis sociológico y estadístico sobre dicha realidad, desde la reforma constitucional de 2004 hasta poco antes de la nueva reforma en 2007, poniendo en evidencia las graves consecuencias que esto provoca en el normal funcionamiento de las instituciones y de los órganos jurisdiccionales. Puede que esta realidad simplemente descubra las prácticas, más o menos irregulares, que se llevan a cabo en los tres poderes del Estado; pero lo cierto es que la justicia constitucional boliviana adolece desde hace tiempo de una grave y profunda falta de credibilidad por parte del legislador, de los operadores jurídicos y de la propia sociedad civil.

Si hasta ese momento, la constatación de dicha realidad y sus consecuencias resultaba gravemente preocupante, con la refundación del Estado y de todas sus instituciones a raíz de la nueva Constitución aprobada en 2009, la situación podría convertirse en caótica. Todo ello sin entrar a valorar los complejíssimos problemas que suscita el ineludible periodo de justicia constitucional transicional.

A la hora de evaluar la novedosa situación de la justicia constitucional en el nuevo Estado plurinacional de Bolivia, ya hay síntomas que nos hacen presumir una defectuosa y deficiente conjunción e implementación de los tres pilares básicos del nuevo Estado boliviano: La complejidad institucional diseñada por la nueva Constitución Política del Estado (CPE); la acción directa del legislador que se considera políticamente legitimado y no acepta trabas jurisdiccionales y la problemática composición y niveles de actuación del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

En efecto, resulta obvio que la articulación, garantía e implementación de todo el complejo e innovador entramado institucional del Estado y del extenso elenco de categorías, valores, principios y derechos fundamentales incorporados a la nueva Constitución boliviana, está siendo dificultosa tanto en su desarrollo legislativo como en sus implicaciones jurisdiccionales. El elevado índice de acciones y recursos de inconstitucionalidad presentados ya en menos de tres años de vigencia de la nueva CPE, indica que ésta no acaba de ser correctamente comprendida, interpretada y aplicada por el legislador y no está respondiendo a su función: ser fundamento de una legislación eficaz y garantista. De ahí la necesidad urgente de realizar una profunda labor de pedagogía constitucional que contribuya a impregnar todas las instituciones y poderes con el nuevo espíritu que sostiene y fundamenta el Estado plurinacional de Bolivia.

Pero también esta disfunción se debe, en segundo lugar, a una grave deficiencia en el legislador; bien porque no parece tener la suficiente capacidad y preparación técnica como para plasmar y desarrollar adecuadamente en las normas los valores, principios y derechos constitucionales que la legislación ordinaria debe garantizar; o bien, porque no ha comprendido y asumido que, en el contexto del Estado constitucional, la soberanía del Parlamento ya no es el único, absoluto y definitivo criterio para decidir la legalidad, sino que ésta se encuentra sometida y vinculada al desarrollo y garantía de los valores, principios y derechos constitucionales. En ese caso, también resulta urgente hacer comprender mejor a los legisladores el sentido de su función y el carácter no ilimitado de su poder. Debemos ser conscientes de que hemos superado el paradigma del 'imperio

de la Ley' y hemos avanzado hacia el nuevo paradigma del 'imperio de la Constitución'. Y todo ello, complementado por el principio y eje fundamental de la nueva institucionalidad del Estado: la plurinacionalidad, que avala una realidad de pluralismo jurídico, a partir de una multiplicidad de fuentes normativas y de órganos jurisdiccionales.

Finalmente, y esto resulta ciertamente más grave, tampoco puede eximirse de las causas de esta disfunción al hecho de que los propios jueces constitucionales no estén siendo conscientes del necesario y complejo equilibrio que debe producirse entre los dos principios capitales que sustentan el Estado: la Constitución y la soberanía. En efecto, es en la justicia constitucional donde convergen paradigmáticamente el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad y, donde la exigencia de articular ambos, sin socavar la soberanía ni vulnerar principios y derechos fundamentales, exige desarrollar la función de control constitucional con la prudencia, profundidad y técnica necesarias para evitar, por un lado, convertir al TC en un actor político que discute la soberanía popular y, por otro, para no plegarse a la dictadura de las mayorías parlamentarias en detrimento de la garantía de los derechos fundamentales.

En efecto, en el contexto del nuevo Estado Plurinacional de Bolivia, necesitado de una importante carga de legitimidad jurídica, tachar de inconstitucional una norma tras otra, supone proyectar sobre el sistema una carga deslegitimadora muy desfavorable. Por un lado, se proyecta sobre el legislador la sombra de una manipulación ideológica de la soberanía; y, por otro lado y al mismo tiempo, se proyecta también sobre la justicia constitucional una sombra de arbitrariedad y discrecionalidad, cuando no de elusión del principio democrático de las mayorías parlamentarias.

Como tendremos ocasión de mostrar a lo largo de este trabajo doctoral, la tensión permanente entre el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad está lejos de relajarse en Bolivia; precisamente por ello resulta necesario y urgente que el control de constitucionalidad pueda ser ejercitado (y percibido) desde una perspectiva

claramente imparcial y neutral, ajena a posicionamientos ideológicos y bien asentada en una fundamentación jurídica fuerte, evitando toda sombra de ideología o arbitrariedad.

Resulta imprescindible, pues, deslindar radicalmente la declaración de ‘inconstitucionalidad’ de la utilización ideológica a la que no pocas veces parece sucumbir. En efecto, las grandes proclamas políticas, que generan grandes expectativas y que se traducen en una abundante producción legislativa, en un enorme porcentaje son suspendidas de vigencia al poco tiempo de promulgarse (o no llegan a entrar en vigor), con el consiguiente efecto deslegitimador del órgano de control, al que se atribuye más una función de juego político que una tarea de análisis jurídico. Cuando esto sucede, la legalidad se debilita, la institucionalidad se devalúa y los fines básicos del control constitucional se resquebrajan, acabando por dar demasiado espacio al hecho consumado y justificando una frecuente acción directa del ejecutivo, que invoca su legitimidad democrática para ejercer autocráticamente el poder, escudándose en el ilegítimo obstruccionismo de la justicia constitucional.

Como puede verse, el delicado equilibrio jurídico político en el que se encuentra el nuevo Estado Plurinacional de Bolivia pende, de manera muy importante, del correcto funcionamiento de una institución clave: el control de constitucionalidad de las leyes. De ahí que el objetivo fundamental de esta tesis doctoral consista en analizar a fondo los distintos mecanismos de control constitucional establecidos en la CPE y su desarrollo normativo, así como los factores determinantes que inciden en el ejercicio de ese control, para extraer de ahí los elementos que permitan encauzar su correcto funcionamiento, contribuyendo con ello a relajar la aludida tensión entre legalidad y constitucionalidad (presente en todos los Estados constitucionales) pero que en Bolivia se produce con una extraordinaria intensidad.

Por consiguiente, la hipótesis con la que hemos trabajado y que pretendemos sustentar a lo largo de esta tesis apunta al análisis de las tres realidades fundamentales que, a nuestro juicio, afectan de manera decisiva al ejercicio del control de constitucionalidad. En primer lugar, la peculiar y decisiva influencia del principio de

plurinacionalidad sobre el que se constituye del Estado boliviano, y que se manifiesta en la diversidad de jurisdicciones, en la pluralidad de fuentes normativas y en la necesaria y consiguiente implementación de mecanismos diversos de control constitucional en función de esta realidad jurídica pluriforme. En segundo lugar, la teórica incidencia y prevalencia del principio de constitucionalidad sobre la legalidad ordinaria, algo que ha sido muy subrayado por la nueva Constitución política del Estado, pero que no ha sido debidamente asumido e implementado por el legislador y que está necesitado de una adecuada clarificación conceptual y práctica. En tercer lugar, la existencia de un complejísimo sistema de acciones y recursos destinados a garantizar la supremacía de la nueva Constitución a través del control constitucional, pero cuya articulación e implementación resulta extraordinariamente difícil y cuya regulación, recientemente promulgada, presenta no pocas carencias y deficiencias.

En definitiva, consideramos que el análisis profundo y crítico de estas tres realidades nos permitirá discernir y plantear una vía de racionalidad y coherencia en el control constitucional de las normas en el Estado Plurinacional de Bolivia, que contribuya a superar la anterior y actual situación de desgaste y deterioro de nuestra justicia constitucional y a implementar de manera armónica el complejo contenido garantista de la CPE. He aquí el planteamiento general de nuestra investigación y los objetivos básicos que pretendemos alcanzar.

De acuerdo con esta hipótesis y con el objetivo de abordar sistemáticamente el análisis de los factores que la constituyen nuestra, la estructura del presente trabajo se ha planteado del siguiente modo:

En primer lugar (capítulo I), hemos abordado la complejidad que reviste, en el actual contexto del Estado constitucional de derecho, compatibilizar las exigencias del principio de legalidad con las propias del principio de constitucionalidad. Y con ello hemos pretendido mostrar que las tensiones existentes entre ambos principios se manifiestan, de manera paradigmática, en la concepción y en el funcionamiento de los

mecanismos de control de constitucionalidad, nunca exentos de complejidad y disfunciones en los sistemas jurídicos de cada país.

Junto a esto, hemos afrontado las importantes y relevantes peculiaridades que concurren en nuestra concreta realidad jurídica a partir de la reforma constitucional de 2009, con la creación del Estado plurinacional de Bolivia y el establecimiento del principio fundamental de plurinacionalidad como eje y fundamento de todo el sistema (capítulo II). En efecto, la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia ha revolucionado, en cierto modo, toda la organización política y jurídica del Estado con la proyección del principio de plurinacionalidad sobre las instituciones jurisdiccionales, sobre las fuentes de creación normativa y, muy en particular, sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional y sus funciones. Como ya hemos apuntado en nuestra hipótesis, la virtualidad de este principio como eje del sistema ha contribuido a complicar la regulación y el efectivo funcionamiento de los mecanismos específicos de control constitucional. El tercer capítulo aborda

En tercer lugar, hemos desarrollado los problemas específicos que plantea la interpretación constitucional de las normas en el contexto del nuevo Estado plurinacional (capítulo III), analizando con la máxima profundidad los criterios que deben determinar una correcta interpretación ‘de’ la Constitución y aquellos que deben constituir el substrato interpretativo de las normas ‘desde’ la Constitución. Con ello ofrecemos el marco básico de referencia sobre el que debería realizarse la tarea de control de constitucionalidad por parte del TCP.

A continuación (capítulos IV y V), hemos analizado la doctrina existente sobre el principio de *supremacía constitucional* en cuanto que fundamento del control constitucional de las normas y la teoría general del control de constitucionalidad, estudiando los diferentes modelos y su fundamento teórico doctrinal, así como los sistemas efectivos implementados en los diversos países de América Latina.

En el capítulo VI abordamos de lleno la concreta configuración del modelo de control de constitucionalidad establecido por la nueva CPE y su desarrollo legislativo en *Ley 021 del Tribunal Constitucional Plurinacional*, analizando el diseño realizado, los principios básicos en los que se fundamenta, los mecanismos de control establecidos y la coherencia de todos ellos con el principio de supremacía constitucional sancionado por la CPE.

Finalmente, afrontamos el análisis crítico individualizado de los diferentes mecanismos de control previo de constitucionalidad (capítulo VII) y de control posterior de constitucionalidad (capítulo VIII), a partir de su reciente regulación normativa en la Ley de 5 de julio de 2012, del *Código Procesal Constitucional*, que desarrolla y completa la ya mencionada Ley 027 del *Tribunal Constitucional Plurinacional*. En dicho análisis se identifican y evidencian las graves contradicciones y carencias que presentan algunos procedimientos de control constitucional, lo que obviamente contribuye a generar las disfunciones a las que aludíamos en nuestra hipótesis de trabajo y la consiguiente decepción y escepticismo respecto a que la función desarrollada por el TCP sea de efectiva tutela sobre los derechos y libertades fundamentales.

Soy plenamente consciente de que un trabajo interdisciplinar como éste, que necesita el fundamento que sólo ofrece la filosofía del Derecho, pero que se vuelca en un complejo análisis legal y jurisprudencial, seguramente adolecerá de defectos y limitaciones en su estructura y en su resultado final. No obstante, pienso que lo sustancial ha quedado fundamentado y expuesto.

AGRADECIMIENTOS

No puedo terminar sin dejar constancia de mi más sincero agradecimiento a la persona del director de esta tesis doctoral, el profesor Dr. Pedro Talavera. Buena parte de mi formación jurídica la debo al magisterio que ha venido impartiendo durante varios años en la Universidad “Gabriel René Moreno” de Santa Cruz de la Sierra, y a no pocas horas de profunda y sugerente conversación compartida él sobre tantos temas. Pero, más allá de lo académico y de la sólida amistad que hemos fraguado a lo largo de estos años, quiero destacar aquí, sobre todo, el decisivo impulso que me ha brindado en esta última época para conseguir culminar el trabajo doctoral que aquí se presenta.

También quiero agradecer al Departamento de Filosofía del Derecho el que, en su momento, aceptara recibirme como alumno del programa de Doctorado “*Derechos Humanos: problemas actuales*”, en cuyo seno se ha gestado esta tesis; ya que mi itinerario doctoral comenzó en un programa distinto (el único al que me era posible acceder desde Bolivia).

El Departamento tuvo a bien realizar la convalidación de los créditos de docencia ya realizados por mí en otro programa y eso ya me permitió realizar aquí el trabajo de investigación y posteriormente seguir trabajando en esta tesis. Mi gratitud por las facilidades que, en todo momento, me brindaron para conseguir el objetivo de poder trabajar e investigar en el terreno de los derechos humanos y derechos fundamentales (y su reconocimiento y garantías en Bolivia) que son las cuestiones que verdaderamente me apasionan, aunque sean las cuestiones de orden procesal las que ocupen la mayor parte de mi actividad práctica como abogado y como jurista.

Por último, también mi gratitud hacia los miembros del tribunal que ha de juzgar este trabajo por su amabilidad y deferencia en aceptar formar parte del mismo y por la

gentileza de brindarme, desde su magisterio y experiencia, cuantas sugerencias y consejos consideren oportunos para mejorar el trabajo realizado.

CAPITULO I

LA TENSION LATENTE ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1. EL PLANTEAMIENTO CLÁSICO DEL ESTADO *LEGISLATIVO* DE DERECHO

Como es bien sabido, hablamos de Estado de Derecho cuando cuando contemplamos un modelo de gobierno *sub leges y per leges*. En otras palabras, cuando el poder actúa conforme a Derecho, es decir, sometido a normas jurídicas preconstituidas: *el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres*. En este modelo –escribe Weber- se obedece “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”¹.

Históricamente, la concepción del Estado de Derecho en Europa surge de la Revolución francesa, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad y la igualdad de todos los hombres, encuadrándolos en la categoría de *ciudadanos*, acabando de ese

¹ WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Madrid, FCE, 1993, p.707.

modo con los privilegios de la monarquía, la nobleza y el clero. Este programa se llevó a cabo mediante la consagración de un catálogo de derechos y libertades en la universalmente famosa *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, posteriormente convertida en preámbulo de la primera Constitución republicana de 1793; y, como garantía de esos derechos, mediante el establecimiento de una específica organización para el Estado: *separación de los tres poderes (legislativo, ejecutivo, judicial) y sumisión todos ellos a Derecho*.

Ahora bien, una serie de motivos políticos (entre los que jugó un papel importante la existencia de monarquías), unido a la ideología "legalista" que concebía a la ley como norma esencialmente justa, impidieron que en Europa se desarrollara, por un lado, la idea de Constitución como norma jurídica vinculante para todos los poderes y, por otro lado, que la separación de poderes fuera un principio eficaz para limitar el potencial abuso de cualquiera de ellos. La sumisión del poder a Derecho (el Estado de Derecho) se construyó sobre una concepción unitaria de la soberanía entendida como poder *legibus solutus*. Desde esta concepción, la ley es la más alta expresión de la soberanía y, por ello, queda al margen de cualquier límite o control.

Pero además, la ley que entroniza el Estado de Derecho es una norma caracterizada por la generalidad y la abstracción, dos rasgos formales que garantizan máximamente su justicia y que postulan, por tanto, el sometimiento a ella². Como consecuencia, el modelo de Estado de Derecho nacido de la Revolución francesa se configura básicamente como un *Estado legislativo de Derecho*, en el cual prevalece, más allá del principio de legalidad, el denominado *Imperio de la Ley* que produce un claro y evidente desequilibrio en el principio de separación de poderes, establecido como un sistema de frenos y contrapesos recíprocos. En efecto, el legislador se convierte en omnipotente porque se arroga la legitimidad de la soberanía, de ahí que los otros poderes

² Este es un aspecto que está muy presente en ROUSSEAU, quien entiende que la generalidad y la abstracción son características de la ley, lo que, unido a la generalidad de la voluntad legisladora, le conduce a proclamar que la ley no puede ser injusta, "puesto que nadie es injusto consigo mismo", vid. *Contrato Social*, Libro II, cap.IV.

deban, sencillamente, someterse a sus dictados. Bajo este planteamiento las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, en absoluto supusieron un límite al poder legislativo³. En definitiva, el Estado de Derecho se desarrolla en Europa como *Estado legislativo de Derecho*, y ello se tradujo en la sumisión de la Administración y del Juez a la ley que, como norma general y abstracta, expresión de la voluntad general, vino considerada y presupuesta como esencialmente justa.

La sujeción de la Administración a la ley en este modelo va mucho más allá del principio de legalidad y se establece, como decimos, en términos de subordinación: la Administración sólo puede actuar con una previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio *todo lo que no está permitido está prohibido*. Esa sumisión se conseguirá plenamente con el establecimiento de un control judicial sobre los actos administrativos (la jurisdicción contencioso-administrativa), auténtico hito frente a las prerrogativas del ejecutivo conservadas como el último reducto del absolutismo monárquico⁴

La vinculación del Juez a la ley también se contempla en términos de subordinación: frente al legislador, que posee una legitimidad política o "de origen", los jueces tan sólo tienen una legitimidad "técnica" o "de oficio", es decir, que su actuación será aceptable en la medida en que pueda verse como una exacta aplicación de la ley. El recurso de casación, inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clara de este esfuerzo por garantizar la primacía del legislativo sobre el juez.

³ Vid. la teorización que realiza al respecto G. ZAGREBESLKY, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, Madrid, Trotta 1995, p., 13-28. Ni siquiera en la revolucionaria *Declaración* de 1789 se llegó a concebir un auténtico principio de constitucionalidad; precisamente porque para la mentalidad roussoniana de sus redactores "el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo". Vid. M. Fioravanti *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta 1996, p.73.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3^ª ed., Madrid, Civitas 1989.

Estrechamente conectada con la vinculación del juez a la ley, este modelo postula la *independencia judicial*, principio con el que se pretende garantizar que los jueces puedan actuar libres de injerencias ajenas a la ley, particularmente de otros poderes del Estado. Por eso la independencia judicial se cifra sobre todo en la *libertad interpretativa* de los jueces: la interpretación de la ley no puede estar influida por instancias externas al propio juzgador. Pero además, para que el juez sea verdaderamente independiente suelen establecerse una serie de garantías. Se trata de *garantías orgánicas de la independencia*: un estatuto especial para los jueces, el gobierno del poder judicial separado de la política, sistemas de recusación e inhabilitación de jueces, retribuciones adecuadas, prohibición de militancia política y sindical, medidas para evitar la vuelta inmediata de los políticos-jueces a la función judicial, etc.

En realidad, la independencia del juez y su vinculación a la ley son el anverso y el reverso de una misma moneda: pues si la vinculación a la ley requiere que los jueces sean independientes, tanto mayor será su independencia cuanto más exacta sea su aplicación de la ley. De ahí que la presencia de ambos principios (vinculación a la ley e independencia judicial) significa que el ejercicio de la función de juzgar se realiza conforme a parámetros jurídicos preconstituidos, o dicho de otro modo, la ausencia de razones extrajurídicas (políticas, ideológicas, etc.) como fundamento de sus decisiones. Vinculación a la ley e independencia judicial configuran, pues, la base teórica del *modelo de juez* que le es propio al Estado de Derecho. Se trata de un juez neutral, sin ideología, aséptico y apolítico. Es "*la boca que pronuncia las palabras de la ley*", según la célebre formulación de Montesquieu. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad. Por lo demás, la vinculación del juez a la ley, aparte de ser una exigencia de legitimidad de su función, garantiza ciertos valores irrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones judiciales, la igualdad en la aplicación de la ley y la uniformidad jurisprudencial.

Una cuestión importante que se deriva de este modelo radica en saber si la independencia judicial, constitucionalmente prevista, exige reconocer absoluta libertad interpretativa a los jueces o si, por el contrario, pese a su independencia, la Constitución exige (también) el establecimiento de mecanismos uniformadores de jurisprudencia para que no se debiliten los valores de certeza o previsibilidad de las decisiones y la igualdad en la aplicación de la ley; valores que, como se ha dicho, se pretenden garantizar también a través de la vinculación del juez a la ley. En los sistemas de Derecho continental suele afirmarse que el establecimiento legal de mecanismos de unificación jurisprudencial no es contrario a la independencia judicial, pero tampoco resulta inconstitucional la ausencia de tales mecanismos. En suma, se sostiene que, al reconocer la independencia judicial, la constitución garantiza la absoluta libertad interpretativa de los jueces y tribunales, salvo los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia a través de los recursos legalmente previstos⁵.

2. EL NUEVO MODELO DE ESTADO *CONSTITUCIONAL* DE DERECHO

Aunque la idea de *Estado constitucional* continúa siendo una cuestión abierta y debatida entre los teóricos del Derecho y de la Ciencia política, de una forma genérica y aproximativa, cabría denominar *constitucionales* a aquellos modelos de Estado en los que, junto a la ley existe una Constitución democrática con auténtico carácter *normativo*, que establece límites jurídicos al poder para garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos. En otras palabras, en este modelo de Estado la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) no es un mero documento político o un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa dentro del Ordenamiento. Además, dado que procede de un poder con legitimidad

⁵ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha alegado que la independencia judicial reconocida por la constitución impide cercenar la libertad interpretativa de jueces y tribunales. Por ello, salvo los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia legalmente previstos (como el recurso de casación), nada puede coartar la libre interpretación de los jueces. La misma posición mantiene un importante sector de la ciencia del Derecho público, que insiste en que la independencia judicial supone absoluta libertad interpretativa. Vid. TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz, El País, 2008, p. 32.

"cualificada" (el poder constituyente) se trata de la norma "más alta" del sistema. Eso significa que también la ley ordinaria queda sometida a las derechos, reglas y principios establecidos en la Constitución, que se convierten así en su condición de validez. En efecto, como consecuencia de la "fundamentalidad" de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional establece la *supremacía política* de la Constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica* bajo la forma de una especie de *supralegalidad*. Precisamente resaltando esta nota de supralegalidad suele decirse que el Estado Constitucional es un paso más en la idea de Estado de Derecho; o mejor, su culminación: si el *Estado legislativo de Derecho* había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, en el *Estado Constitucional de Derecho* también el legislador viene sometido a Derecho, en este caso a la Constitución. Así pues, el Estado Constitucional de Derecho incorpora, junto al principio de *legalidad*, el principio de *constitucionalidad*⁶.

Históricamente, el Estado constitucional de Derecho es la forma política que cuajó en el *constitucionalismo norteamericano* a partir de su *Declaración de independencia* en 1776. A diferencia del constitucionalismo europeo –desarrollado a partir del "Imperio de la Ley" y del mero valor político de las constituciones–, los Estados Unidos asumieron desde el principio el valor normativo de la Constitución. Este principio se ha ido incorporando al resto de países apenas desde mitad del siglo XX. Justamente ha sido la necesidad de poner límites al poder (incluso deocráticamente ejercido) y de garantizar de manera inviolable los derechos fundamentales lo que ha conducido en el siglo pasado a la construcción del Estado constitucional, frecuentemente ligada a la ruptura con regímenes políticos de corte autoritario y *al deseo de refundar la organización política* sobre un nuevo marco de legitimidad. Este es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa tras la segunda guerra mundial, y que se plasma primeramente en la nueva Constitución italiana (1947) y en la alemana: *Ley Fundamental de Bonn* (1949). La experiencia fascista y nazi demostraron que, en nombre de una legalidad vigente y

⁶ TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 41.

democráticamente aprobada, podían perpetrarse los crímenes más execrables. Para evitar esta macabra paradoja se vio necesario confeccionar catálogos (constitucionales) de derechos que se situaran por encima de cualquier contingencia política. Ese mismo afán de refundación política y ruptura con un pasado autoritario estuvo también presente en los posteriores procesos constituyentes de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). La oleada constituyente se extenderá en los ochenta a muchos países de América latina en un intento (también) por reconstruir su organización política tras experiencias de dictaduras militares o guerras civiles. Más recientemente este proceso se ha producido en los antiguos países socialistas. Podríamos decir, incluso, que el paradigma del Estado constitucional, en cuanto que supone el establecimiento de límites al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la ratificación de documentos normativos supranacionales (Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales Internacionales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de Derecho es la *orientación del Estado a la protección de los derechos* al margen (o incluso por encima) de la ley: la eficacia de los derechos se produce no en la medida y en los términos marcados por la ley, sino *en la medida y en los términos establecidos en la Constitución*. Ahora bien, el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa, por lo general, en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre su alcance y contenido en aquellos supuestos en los que pueden desplegar su acción protectora. ¿Quién debe decidir ese alcance o contenido? Se trata de una cuestión polémica. El *principio democrático* parecería señalar al legislador como destinatario de este fundamental papel; pero el carácter supralegal (*supramayoritario*) de los derechos (no sometidos a la contingencia política) ha conducido a que sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, en su tarea fundamental de hacer valer la constitución, quienes ejerzan esa función. Por ello, el carácter normativo de la Constitución, más allá de la simple posibilidad

de enjuiciamiento normativo de la ley, comporta cambios muy profundos en la manera de concebir el Derecho y las propias instituciones jurídicas. En particular, comporta *cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción*: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales antes que a la ley, lo que resulta muy polémico desde el punto de vista del principio democrático y ha catapultado al juez a una posición clave dentro del sistema como supremo garante de los derechos de los ciudadanos por encima, incluso, de la ley. Esto se plasma en una doble realidad⁷:

a) Los jueces deben hacer valer la Constitución por encima de la ley

En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley (principio de legalidad) pero también a la Constitución (principio de constitucionalidad). Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución) significa que sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que está obligado a realizar un juicio previo de constitucionalidad de toda ley que deba aplicar. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella y no debe aplicarla. En este segundo supuesto, en los sistemas denominados de *judicial review* (juicio directo de constitucionalidad por parte del juez ordinario), como es el caso anglosajón, los jueces pueden "desplazar" la ley y resolver el caso aplicando directamente la Constitución. En los sistemas de control concentrado (existencia de Tribunales Constitucionales), los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a plantear la "cuestión" al Tribunal constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. En ambos casos el papel del juez se relanza en relación con la ley: en el primero (*judicial review*) porque se

⁷ TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 45.

reconoce directamente la facultad del juez para no aplicar las leyes que considera inconstitucionales; en el segundo (control concentrado) porque, a pesar de no tener dicha facultad, es posible que el juez pueda "esquivar" la ley bajo el argumento de que está haciendo una interpretación de la ley conforme a la Constitución; o sea, es posible que el juez aplique la Constitución (o el entendimiento que tiene de la misma) en detrimento de la ley. De ello nos ocuparemos en el capítulo segundo, cuando abordemos específicamente los modelos de control constitucional.

b) Las constituciones son reflejo de la moral social

Las constituciones, en efecto, consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de las concepciones morales de la sociedad. Son, por así decirlo, *moral positivada* o, como también se ha dicho, *Derecho natural positivado*. Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme de la justicia. Son *principios y valores tendencialmente contrastantes*, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez sin guía para la acción: se abre un *ancho margen para la discrecionalidad judicial*, pues es el juez quien debe sopesar los principios constitucionales en juego y decidir razonadamente (o sea, discrecionalmente) cuál de ellos debe prevalecer en ese caso concreto⁸. En suma, la necesariamente *abierta* interpretación de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de valores y principios constitucionales contrastantes entre sí, parece que conduce inevitablemente a que en la resolución del caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. Lo que contribuye a reafirmar el papel del aquel en detrimento del éste.

Los rasgos propios del Estado constitucional de Derecho, y en particular el nuevo papel que el juez asume ahora, se conectan con una cultura jurídica, la

⁸ TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 49; en el mismo sentido L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, p. 61.

“cultura de los derechos frente al poder”, que se conoce como *garantismo*⁹. El *garantismo*, base de la filosofía liberal que arranca de la Ilustración jurídica, se proyecta en primer lugar sobre el ámbito penal y expresa la necesidad de minimizar la violencia ejercida por el poder punitivo del Estado (ese "terrible poder" del que hablaba Montesquieu): las garantías penales y procesales son precisamente los instrumentos planteados para controlar los mecanismos represivos del poder. Las *garantías penales* (desde la taxatividad y materialidad en la descripción de los hechos punibles y la exigencia de lesividad y culpabilidad, hasta la utilidad y humanidad de los castigos) afectan a la configuración legal del delito y tienden a reducir la esfera de lo que el poder legislativo puede sancionar (la esfera de los delitos) y la dureza de las penas. Las *garantías procesales* (la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad, así como las orgánicas de la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural), afectan a la comprobación judicial del hecho punible y van encaminadas a reducir al máximo (en último extremo anular), los márgenes de arbitrio del juez.

El *garantismo*, además de servir de base a una filosofía política (legitimación externa), constituye también la base de una teoría jurídica crítica (legitimación interna). Dentro de esta teoría jurídica se plantea un modelo particular de juez y de jurista. La actuación judicial, en principio, debe estar regida por el *principio de legalidad* (el poder judicial es, en cierto modo, nulo), de manera que la ley debe reducir al mínimo las facultades dispositivas o discrecionales del juez. Sin embargo, el propio

⁹ Garantizar significa afianzar, proteger, tutelar alzo, y cuando en el contexto jurídico, se habla de garantismo ese "algo" que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales. Podría decirse pues, en una primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de *Estado de derecho*, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder. Aunque cabría hablar de distintas clases de garantismo en función del tipo de derechos a cuya protección se orientan las garantías, histórica y culturalmente el garantismo ha surgido como una teoría encaminada a defender los derechos de libertad. Se ha desarrollado preferentemente en el ámbito penal. Una obra emblemática en este campo es FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid 1989.

garantismo acaba confiriendo al juez un enorme poder discrecional. En el Estado constitucional, la Constitución incorpora, por un lado, los instrumentos de producción normativa que condicionan la legitimidad formal de las leyes y actos de poder (órganos con competencia normativa y procedimientos de producción legislativa); y por otro lado, los elementos (derechos, valores y principios) que deben informar toda la legislación y que condicionan su legitimidad material o sustancial. De aquí se deriva que, en la teoría garantista, la presunción de legitimidad que debe otorgarse a los actos de poder no sea absoluta sino relativa (el poder tiende a cometer abusos). Y eso justifica la necesidad de una instancia crítica que continuamente vele porque los criterios de legitimidad sustancial sean plenamente respetados en cada acto de poder. Los únicos que pueden desempeñar esta función desde un punto de vista institucional son los jueces, tanto constitucionales como ordinarios, en el desempeño de su función jurisdiccional. Eso significa que el juez se convierte en el garante último de todo el sistema de valores, principios y derechos, ocupando una posición central en este modelo de Estado Constitucional.

En resumen, la lógica del *principio de legalidad* (sumisión del juez a la ley) tradicionalmente sostenida por el positivismo europeo, de acuerdo con la teoría garantista se transmuta en el *principio de constitucionalidad* (vinculación del juez a los valores, principios y derechos consagrados en la constitución, más allá de la ley)¹⁰.

7. DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE AL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como dijimos, el modelo clásico del Estado legislativo de Derecho se afirmaba a sí mismo a través del “*principio de legalidad*”. Este principio, en general, expresa la idea de que la LEY es el acto normativo supremo, frente al cual no es oponible ningún otro

¹⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, cit., p. 123-125.

acto o derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y su fundamento (ni el poder de excepción del rey o su administración, en virtud de la “razón de Estado”, ni la imposible abstención de los jueces, ni la resistencia de los particulares). La “primacía de la Ley” derrotó definitivamente la tradición jurídica del Absolutismo. El “principio de legalidad” supuso en el Estado de Derecho, la reducción del Derecho a la Ley y, por tanto, la exclusión (o, al menos, la sumisión a ella) de todas las demás fuentes del Derecho (en particular la costumbre).

La supremacía de la Ley (imperio de la Ley), como vimos, rompe de facto el equilibrio entre los poderes del Estado. La función legislativa de creación del Derecho prima sobre las otras dos funciones, por lo que se propicia el predominio de una concepción formal-legalista del Derecho, como consecuencia de la cual se produce una exaltación de la actividad codificadora (cuyo mayor exponente es el Código civil Napoleónico de 1804) y una reducción de la actividad jurisdiccional a mera aplicación mecánica de la ley (el juez es la boca de la ley). El término “*subsunción*” (encajar el hecho en el supuesto previsto por la norma) resume toda la actividad judicial: “al servicio de la Ley”.

La Ley por excelencia en el contexto del Estado legislativo es el *Código*. Ahí se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la Ley: la voluntad positiva del legislador, impuesta en todo el territorio del Estado, enunciada según la razón (razón de la burguesía liberal asumida como punto de partida); con disposiciones sistematizadas y estructuradas según los principios de la lógica formal y asentadas sobre los presupuestos dogmáticos de la *unidad* (exclusión de cualquier otra fuente de derecho), la *plenitud* (todos los casos posibles pueden resolverse acudiendo a las normas del código o a los mecanismos previstos por el propio código, como la analogía) y la *coherencia* (ausencia de contradicciones o antinomias en sus disposiciones). En este marco, como ya hemos reiterado, la ley se sitúa como centro y como pilar fundamental del Estado de Derecho, que se asienta precisamente sobre el *principio de legalidad* (sometimiento de la Administración a la ley previa y control jurisdiccional de su actividad) y sobre el

principio de la separación de poderes. La fuerza de la ley se sustenta sobre la idea de soberanía, fuente del poder y de la legitimidad para su imposición¹¹.

En el nuevo modelo de Estado constitucional, que pretende establecer un equilibrio relativista en el contexto de sociedades pluralistas y pluriculturales, el centro de gravedad se ha desplazado desde la Ley hasta la Constitución. En la Constitución ya no se plasma un único proyecto de convivencia cerrado y predeterminado por un grupo homogéneo, sino que se establecen las condiciones necesarias para garantizar que todos y cada uno de los sectores sociales puedan desarrollar su propio proyecto (coexistencia de principios y valores diversos y aun contradictorios). Las leyes ya no se fundan en una única racionalidad universal sino en la combinación de los distintos valores y principios constitucionales. La soberanía estatal ha sido sustituida por la soberanía de la constitución. El principio de legalidad ha sido sustituido por el principio de constitucionalidad¹².

En las actuales sociedades pluralistas, la ley ha quedado subordinada a la Constitución, que da primacía a los principios y valores superiores sobre los que se asienta el Estado (libertad, igualdad, solidaridad, seguridad...) y a los derechos fundamentales de los ciudadanos, que ostentan el máximo rango jurídico, en particular los derechos colectivos directamente ligados al reconocimiento de minorías (derechos lingüísticos, religiosos, culturales, políticos) y para cuya salvaguarda los jueces se han convertido en auténticos protagonistas. Este nuevo contexto ha debilitado sustancialmente el papel que la ley y el principio de legalidad juegan en el nuevo modelo de *Estado constitucional*, cuyos presupuestos contribuyen a consolidar los principios como superiores a las leyes; a considerar a los jueces más importantes que al legislador y a otorgar a la Constitución más fuerza jurídica que a la Ley¹³.

¹¹ TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 54.

¹² ZAGREBESLKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, cit., p. 34.

¹³ ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa 1984, p. 168.

El denominado “Estado constitucional” se plantea, pues, como un nuevo sistema de estructuración del poder. En este nuevo modelo todos los elementos del tradicional Estado de Derecho vienen redefinidos y reubicados; sin embargo, el principio de legalidad quiebra de manera contundente por dos motivos fundamentales:

a) Desaparece la supremacía de la Ley

Por primera vez desde que la modernidad iniciara su singladura con el Estado de Derecho, la Ley viene sometida a una relación de adecuación, por tanto de subordinación, a un estrato superior representado en la Constitución. Hasta bien entrado el siglo XX, los textos constitucionales se limitaban al establecimiento de los órganos superiores del Estado y la enumeración de una serie de derechos y principios programáticos que carecían de valor normativo: no eran normas aplicables en el orden jurídico. El nuevo modelo otorga a todos los preceptos constitucionales fuerza jurídica vinculante. La Constitución se convierte en un Derecho superior a la Ley que tiene fuerza obligatoria, incluso, para el propio legislador. Como afirma L. Prieto, el rasgo más definitorio del Estado Constitucional es la puesta en marcha de Tribunales específicos para someter las leyes a un control de constitucionalidad¹⁴.

b) Pérdida de las notas esenciales de generalidad y abstracción

La centralidad y primacía de la Ley en el Estado de Derecho exige de ella dos características esenciales: la *generalidad* y la *abstracción*. La tesis de la generalidad de la ley procede de Rousseau, al configurarla como expresión de la voluntad general. En efecto, la ley debe regular supuestos generales, situaciones no específicas, que afecten a la generalidad de los individuos. Esta concepción se incardinará en los textos revolucionarios franceses (art. 6 de la Declaración de 1789 y art. 53 de la Constitución de 1793) como una necesaria consecuencia de las ideas de racionalidad y justicia propias

¹⁴ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, cit., p. 64.

de la Ilustración y como expresión de los principios que sustentan el modelo del Estado de Derecho. La generalidad de la Ley garantiza la moderación en el uso del poder, limitando la actuación del poder público a cuestiones de verdadera importancia para la comunidad. Con ella se garantiza igualmente la imparcialidad del Estado respecto de los componentes sociales; se impide la arbitrariedad, perjudicando o favoreciendo unilateralmente a personas concretas; y sobre todo, se garantiza la igualdad jurídica de todos los ciudadanos frente a los privilegios.

Vinculada a la generalidad, la ley requería igualmente de *abstracción*; que podría definirse como “generalidad en el tiempo” y que consiste en que sus prescripciones están destinadas a valer indefinidamente y, por ello, han de ser formuladas mediante “supuestos de hecho abstractos”. Con ello, el Estado de Derecho pretendía garantizar la estabilidad del Derecho. La abstracción, en efecto, es enemiga de las leyes retroactivas (especialmente las penales) o de las leyes a término (destinadas a agotarse en un periodo breve). En definitiva, como apunta Zagrebelsky, la abstracción es enemiga de la modificación legislativa demasiado frecuente.

Pues bien, la ley ya no es expresión de una racionalidad universal sino que la amplia y diversificada gama de grupos y estratos que constituyen hoy nuestra sociedad participan directamente en el “mercado de las leyes”, introduciendo en ellas sus particulares intereses. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales que han supuesto la seria decadencia del principio de generalidad. Junto a esto, la transformación rapidísima de las situaciones sociales, exige una respuesta jurídica adecuada a las nuevas necesidades, motivo por el cual, las leyes ya no se proyectan en el tiempo de manera indefinida porque contemplan supuestos universales, por el contrario, están destinadas a quedar obsoletas en poco tiempo, por la extraordinaria aceleración de los cambios. De ahí la grave crisis del principio de abstracción. Por otra parte, el consenso y la negociación como método de gobierno hacen que las leyes sean el resultado de un

proceso de “transacción” entre los diversos intereses y valores existentes en una sociedad heterogénea que presionan sobre el legislador¹⁵.

Estos factores suponen, por un lado, la crisis del “principio de legalidad”, sustituido por el “principio de constitucionalidad” y, por otra, la crisis de los dogmas tradicionales de la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, propios del Estado legislativo, ahora en concurrencia con fenómenos de “supraestatalidad o infraestatalidad normativa”, que desplazan el centro de producción del Derecho a ámbitos superiores o inferiores, rompiendo el monopolio normativo del Estado¹⁶. La supremacía de la ley ha sido sustituida por la primacía de los principios y de los derechos fundamentales.

Para evitar que estos fenómenos degeneren en anarquía normativa, el Estado constitucional plantea un consenso general sobre los aspectos esenciales de la convivencia política y social, que esté por encima de la concurrencia de fuentes normativas diversas y de los intereses particulares que cada grupo y estrato social intenta plasmar en leyes. Ese consenso global se materializa en los principios, valores y

¹⁵ Quien examina el Derecho de nuestro tiempo, no tendrá fácil identificar los postulados que hasta ahora hemos descrito como propios del Estado de Derecho tradicional. La respuesta a los grandes cambios acaecidos después de la segunda guerra mundial (nuevos parámetros en la economía mundial, un nuevo orden político internacional, complejidad y pluralismo social y político, entre otros) proviene del denominado “Estado social”, crecientemente intervencionista en las esferas económicas y sociales, antes confiadas a la autonomía de la voluntad. El Estado deja de ser, predominantemente, un aparato de represión para pasar a ser, fundamentalmente, un aparato de prestación; lo que supone un cambio de las funciones del Estado y del Derecho, sobre todo, la aparición de la función promocional, ampliamente estudiada por N. BOBBIO. El Estado social, para acometer su tarea prestacional y su gestión de la actividad económica, requiere conceder al ejecutivo un amplio margen en la gestión directa de los intereses públicos de tipo económico y social, por lo que resulta difícil sujetar sus actuaciones a una Ley previa, algo que choca de frente con el inmovilismo normativo e institucional a que conducía el “imperio de la Ley”, principal valuarte del Estado legislativo. El legislador se debate, pues, en una continua tensión entre el respeto al principio de legalidad (difícilmente compatible con decisiones técnicas, específicas, rápidas y de oportunidad) y las exigencias de una gestión eficaz y eficiente. Se hace necesario, pues, establecer un nuevo marco estructural en el que salvando los principios básicos irrenunciables del Estado de Derecho, quepa una adaptación a las nuevas funciones del Estado y a la nueva, plural y compleja estructura social.

¹⁶ PÉREZ LUÑO A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos 1984, p. 123.

derechos recogidos en la Constitución¹⁷. En el nuevo modelo, la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico ya no provienen de la presunción de racionalidad universal propia del Legislador decimonónico, sino de que la Ley respete y responda al consenso sustancial sobre los principios y valores fundamentales por los que se rige la sociedad plural. Los derechos y la justicia ya no derivan de la Ley, sino que derivan directamente de la Constitución, que se convierte así en la fuente capaz de dotar de unidad y coherencia al sistema jurídico-político¹⁸. Esto significa que la Constitución no es solamente una especie de “super ley”, sino algo distinto: un conjunto de principios y derechos fundamentales, fruto de valores y aspiraciones de distinta procedencia, que condicionan la validez de las leyes, que deben convivir y armonizarse, y cuya explicación reside en su carácter pactista. Para conseguir esa armonización debe realizarse una importante tarea de “ponderación” entre ellos para conservar en pie de igualdad *abstracta* a normas y principios que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Esa tarea de “ponderación”, de aplicación directa de la Constitución y de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, corresponde, obviamente a los jueces. Esto explica el protagonismo de los jueces en el Estado constitucional, cuya función era secundaria en el Estado legislativo¹⁹.

c) Distinción entre reglas y principios

El Estado constitucional ha producido una nueva diferenciación dentro de las normas jurídicas entre lo que podríamos denominar “reglas” y “principios”. La mayoría de normas legislativas son “reglas” y la mayoría de las normas constitucionales que se ocupan de los derechos y de la justicia son “principios”. Cuando, por ejemplo, la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar los servicios mínimos, estamos ante una regla, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho de los trabajadores, estamos ante un principio. Las constituciones también contienen reglas, por

¹⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 94.

¹⁸ ZAGREBESLKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, cit., p. 41.

¹⁹ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, cit., p. 69.

ejemplo, cuando se afirma que la detención deberá ser confirmada por un juez antes de 48 horas; pero cuando se garantiza la inviolabilidad del domicilio o la correspondencia, estamos ante un principio. Las reglas nos dicen cómo debemos o no debemos actuar en las situaciones previstas por ellas; los principios, en cambio, nos proporcionan criterios para “tomar posición” ante situaciones que aparecen como indeterminadas, son “mandatos de optimización” y aportan “razones para la acción”²⁰.

El Estado constitucional ha subrayado el protagonismo de los *principios* frente a las *reglas* en el contexto de una sociedad pluralista. En efecto, la Constitución pluralista, propia del estado constitucional, presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, esos principios vienen rescatados del ámbito prejurídico e insertados plenamente como tales principios en el Derecho. En un contexto pluralista, los principios no pueden tener un carácter absoluto, es necesario evitar que alguno de ellos se convierta en tirano. Sólo su capacidad de relativizarse les permite conciliarse entre sí y garantizar la pervivencia del propio pluralismo social, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. La salvaguarda del pluralismo debería impulsar a la sociedad a evitar que “lo económico” se convierta en valor hegemónico, mediante la extensión casi ilimitada de la categoría del daño resarcible (es decir, el valor violado compensado con dinero). Es necesario evitar que el médium homologador y desnaturalizador del dinero alcance a todos los valores y principios.

En la vieja sociedad burguesa, donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse plenamente su visión de la justicia. En una sociedad plural, la ley expresa, por el contrario, todas las combinaciones posibles de los principios constitucionales, cuya función consiste precisamente en establecer los mínimos irrenunciables de cualquiera de esas combinaciones. De este modo, la ley continúa siendo un acto creador de Derecho (no mera ejecución de la constitución) pero, a diferencia del Estado legislativo, se trata de un Derecho particular y

²⁰ ATIENZA M. y RUIZ MANERO J., *Las piezas del derecho*, cit., p. 43.

contingente que únicamente refleja el punto de vista de quienes ocasionalmente representan una mayoría política en el proceso legislativo²¹.

4. EXIGENCIA DE ARGUMENTACIÓN EN LA DECISIÓN JUDICIAL

El debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces se produce como consecuencia tanto de una *deficiente legislación* como del *principio de constitucionalidad*, que les obliga a tener presentes las exigencias de la Constitución en todas sus resoluciones. En efecto, la creciente insuficiencia de la ley y su deficiente plasmación (lagunas, contradicciones, redundancias, indeterminación, ambigüedad, etc.) ha obligado al juez a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de indeterminación dejado por la ley.

Por otra parte, el doble sometimiento del juez a la ley (principio de legalidad), y a la Constitución (principio de constitucionalidad), le exige hacer una *aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto*; es decir, debe considerar junto a las razones de la Ley, las razones de la Constitución. Pero como las normas constitucionales suelen tener carácter abierto y están impregnadas (mucho más que las leyes) de valoraciones morales, el juicio ponderativo de razones que el juez realiza -el juicio de constitucionalidad al que somete la ley en la resolución de un caso- es (o puede ser) notablemente discrecional; no en vano se habla de juicio de "razonabilidad" para referirse al él. En suma, cuando en la resolución de casos se acude a las normas constitucionales, el intérprete desempeña una actividad mediadora e interpretativa mucho más intensa que cuando se trata simplemente de aplicar leyes²².

²¹ ZAGREBESLKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, cit., p. 48.

²² TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 58.

Por una razón o por otra, lo cierto es que el juez del Estado constitucional está dotado de un enorme poder. Es verdad que se trata de un poder *soportable*, porque el tipo de control que ejerce es "*incidental*" y porque en muchos ordenamientos coexiste con un órgano de control constitucional (Tribunal constitucional) cuya composición suele estar fuertemente determinada por el poder legislativo. Pero también es cierto que se trata de un poder más *eficaz* que el del Juez constitucional porque todo su calado se despliega cada día en la labor callada y difusa de los tribunales de justicia. A pesar de todo, ese *redimensionamiento de la función judicial* no supone en absoluto la disolución del principio de legalidad en relación con los jueces. Pero sí pone de manifiesto la importancia que tiene en la actuación del juez el peculiar marco creado por el Estado constitucional. De todas formas sigue aún pendiente una reflexión seria sobre el papel institucional de ese poder ante las nuevas funciones que se ha visto obligado a asumir²³.

En algunas instancias se habla de un auténtico abandono del principio de legalidad en relación con el juez, afirmando la transformación de la magistratura en sujeto político. Se trata de teorías que constituyen una variante del realismo jurídico y que pueden verse en los *Critical Legal Studies*, dentro del contexto jurídico estadounidense, en el *Movimiento de Derecho Alternativo*, dentro del ámbito sudamericano y en el *Uso Alternativo del Derecho*, planteado en el contexto europeo. En este último contexto, la obra Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, sin llegar a una propuesta de supresión del legislador a favor del juez, ofrece una construcción teórica a partir de las Constituciones de principios, sin duda, seria y sugestiva, pero que puede servir de base para la justificación de soluciones judicialistas que rozan, cuando no sobrepasan, los límites del principio de legalidad²⁴. Con unos u otros matices lo que une a todas estas corrientes puede concretarse en tres ideas: 1º) las Constituciones

²³ No sólo no se ha reflexionado seriamente, sino que las reacciones han sido por lo común de descalificación pura y simple para reafirmar el principio democrático. Lo que muchas veces tiene lugar, por cierto, desde una forma de "politicismo" hipertrofiado; como si el control jurisdiccional no fuese una condición de la democracia; y como si muchas de las aperturas decisionistas de los jueces no estuviesen propiciadas por una mala legislación

²⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, cit. p. 50.

del pluralismo juridifican una gran variedad de valores materiales de justicia contrastantes entre sí, 2º) la ley, manifestación de la lucha política que se desarrolla en el sistema, muchas veces se corresponde más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación; 3º) son los jueces (los constitucionales y también los ordinarios), hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, quienes se convierten en guardianes del legislador. En pocas palabras, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución que ésta aporta para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional. Si, por el contrario, entiende que el contenido de justicia material contenido en la Constitución no se ve respetado plenamente por las posibles veleidades partidistas de la ley, puede "sortearla"²⁵.

No cabe duda de que si se quiere respetar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales frente al legislador (al margen y por encima de la decisión parlamentaria), resulta justificado un cierto incremento del activismo judicial, incluso en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable. Pero ese activismo puede fácilmente desembocar en un modelo decisionista cuyos riesgos son evidentes. Entre otros, que si la ley ya no merece confianza por representar tan sólo la victoria circunstancial de intereses partidistas, ¿qué es lo que induce a confiar en la actuación de unos jueces guiada por categorías constitucionales de justicia?

También los criterios por los que los jueces escogen unas u otras categorías de justicia son (o pueden ser) "interesados": la supuesta inconstitucionalidad de la ley argüida por un juez puede ser un simple subterfugio para justificar su elusión cuando ésta no ofrece la solución al caso que él estima satisfactoria. Por lo demás, el decisionismo judicial supone una "huída hacia adelante" que termina por minar el

²⁵ "Las exigencias de los casos -dice G. ZAGREBELSKY- cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley; son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida" (*El Derecho dúctil*, cit., p. 134).

edificio democrático en el que descansa el imperio de la ley, pero sin proponer otro mejor. No importa reiterar que en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular y, por tanto, la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, por cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas camufladas bajo el áureo manto de decisiones judiciales que pretenden plasmar la Constitución en la resolución de los casos concretos. Han sido suficientemente experimentados los peligros que encierra para la democracia un abierto activismo judicial. Baste recordar el trágico pero significativo episodio que la Alemania de Weimar representó en la historia constitucional europea.

Precisamente la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el *principio de constitucionalidad*, debe contrapesarse con la conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado. Tal vez eso explique la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, siendo consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, parece necesario exigir una rigurosa argumentación en sus resoluciones para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial.

Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la "*boca que pronuncia las palabras de la ley*" sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en definitiva, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona impunidad al juez; antes al contrario, representa la exigencia

de implementar controles jurídicos sobre el proceso argumentativo que conduce desde el establecimiento de las premisas fáctica y normativa del caso hasta la resolución o fallo. Este es el papel que hoy juegan las denominadas *teorías de la argumentación jurídica*: ejercer un control argumentativo sobre las decisiones judiciales para acreditar su racionalidad y erradicar una hipotética arbitrariedad²⁶.

²⁶ Al respecto, vid. TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 121-164.

CAPITULO II

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009 Y LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO BOLIVIANO.

LA PLURINACIONALIDAD COMO PRINCIPIO Y EJE DEL SISTEMA JURÍDICO

Bolivia ha tenido muchas y muy diversas constituciones, pero ninguna de ellas ha marcado al país tanto como la aprobada en 2009 mediante la cual se constituye el Estado sobre la base de una nueva realidad plurinacional. Este hito en la historia política y constitucional de Bolivia exige ser analizado con cierto detalle, puesto que las consecuencias jurídicas que de ello se han derivado, han transformado por completo el modo de concebir la legislación y la jurisdicción. Incluyendo en ello elementos trascendentales tales como la interpretación y aplicación de las leyes, el acceso y composición de la magistratura y la propia función y composición del Tribunal Constitucional Plurinacional, junto con el modo en que éste debe realizar la tarea fundamental del control de constitucionalidad de las leyes. A ello dedicaremos el presente capítulo.

7. SÍNTESIS HISTÓRICA DEL PANORAMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

La primeras Constituciones de 1826 y 1874 fueron “producto de su tiempo y las circunstancias llevaba una serie de conceptos que ahora serían inaceptables en una democracia, como la presidencia vitalicia, resabio monárquico del que padecieron casi todas las nuevas repúblicas americanas”²⁷. Todo ello teniendo presente que “el principal objetivo político de los procesos electorales fue conservar el poder en manos de una reducida oligarquía terrateniente minera”²⁸ estos fueron los antecedentes del manejo del Estado Boliviano.

Posteriormente al reorganizarse el poder político en la época conservadora-liberal, la modernización del país y la construcción del Estado nacional fueron concebidas como un proyecto indisolublemente ligado a la raza blanca y señorial, cuya premisa central radicaba en la homogeneidad racial. Negando toda representación y realidad, simultáneamente al indígena por ser raza abyecta y degenerada, y al mestizo cholo por ser factor de disolución social. Las élites dominantes pensaban que sólo la raza blanca era apta para la democracia²⁹.

Por otro lado el problema político central era, en realidad, cómo conciliar el orden constitucional de una democracia excluyente con los intereses de clase de los hacendados y la estructura económica del latifundio. La contradicción entre ambos polos -resaltada por Carlos Montenegro³⁰- marca, en efecto, uno de los límites insuperables de la democracia censataria. Fue inevitable entonces que, no obstante el orden civil establecido y los avances indudables logrados en varios terrenos como el desarrollo urbano.

27 CARVALLO, R.: *Manual de Historia de Bolivia, Una visión desde la llanura*, Ediciones Marubú Santa Cruz de la Sierra- Bolivia septiembre del 2005 p.84

28 KENT M.L.: *Bolivianos en el tiempo*. Ed. EDMOS La Paz, p. 274

29 Gabriel René Moreno fue a fines del siglo XIX, el máximo exponente de esta concepción. Su vigencia se ha manifestado claramente en la explicación racista de los problemas fundamentales de Bolivia que desarrollaron los intelectuales más importantes de la época liberal, como Rigoberto Paredes, Bautista Saavedra, Enrique Finot, Carlos Romero y Alcides Arguedas (IRUROZQUI, Marta, “La democracia imposible, 1980,1930”, ensayo inedito,1998)

30 MONTENEGRO, C.: *Nacionalismo y Coloniaje*, La Paz, Los amigos del libro, 1982, p.181

La Revolución de 1952 desató el proceso más profundo y multifacético de cambios que se conociera en la historia política del país constituyendo el segundo proyecto histórico de modernización de la economía y del sistema político en Bolivia. Desde posiciones divergentes, el MNR y la Central Obrera Boliviana (COB) asumieron como actores políticos fundamentales nada menos que el desafío de construir un nuevo orden político nacional y superar así lo que Sergio Almaraz había denominado “la provisionalidad del propio país.”³¹

Posteriormente el derrocamiento del MNR en noviembre 1964 dio inicio al ciclo de dominio militar más prolongado del siglo (1964-1982). Bien decía un autor “que a América Latina nadie le obliga copiar modelos de otro tipo de realidades”³².

Al margen del procedimiento que la misma señala, al calor de las improvisaciones de los gobiernos de facto, cuyos titulares, en su afán de "justificar la captura del poder, han convocado frecuentemente a "asambleas constituyentes", para "legitimar" su gestión y reformar la ley fundamental. El Título II de la Parte Cuarta (Art. 230 al 233) prescribe que la Constitución sólo puede ser reformada, previa declaración de la necesidad de las reformas en una ley ordinaria aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes en cada una de las cámaras. Esta ley, será promulgada por el Presidente de la República, quien no podrá vetarla.

Una vez promulgada la ley sobre la necesidad de la reforma, ésta será considerada en un nuevo período constitucional, en la Cámara donde se inició el proyecto, y si la reforma fuere aprobada por dos tercios de votos, pasará a la otra para su revisión, que también requerirá de dos tercios de votos. Los demás procedimientos serán los mismos que señala el procedimiento legislativo (Art. 71 ss). La ley que sanciona la reforma será promulgada asimismo por el Presidente sin observaciones. Cuando se modifique el período del Ejecutivo, la enmienda se aplicará desde el período siguiente.

31 ALMARAZ, S.: *Réquiem para una Republica*, 1969 p. 34

32 GOIG, H., ALAIN, R. y LENZ. J.L. *¿Para qué sirven las elecciones?* Ed. Cultural Económica, México 1982, p. 129

La Ley No, 2631 señala en el Art. 232 que para la reforma total de la Constitución Política del Estado se convocará por ley especial, sancionada por dos tercios de votos, una Asamblea Constituyente, cuyas formas y modalidades de elección de los constituyentes constarán en dicha ley, que no podrá ser vetada por el Ejecutivo.

La Constitución de 1826 (Art. 145) señalaba que, si después de diez años "se previene que algunos de sus artículos necesitan reforma, se hará la proposición por escrito firmada por una tercera parte, al menos, de la Cámara de Tribunos, y sustentada por las dos terceras partes de los miembros presente en la cámara". El Art. 146 añadía que la propuesta tenía que leerse tres veces, con seis días de interrupción cada vez, continuando luego a deliberar la Cámara de acuerdo al procedimiento legislativo común. En las constituciones siguientes, hasta la de 1871, se señalaba el mismo procedimiento ordinario legislativo para reformar "algunos artículos" de la Constitución, con la diferencia de que, habiendo desaparecido desde 1831 las Cámaras de Tribunos y de Censores que, además de la de Senadores, contemplaba la de 1826, el procedimiento se desarrollaba en las dos cámaras, de representantes y de senadores, hasta 1851, y por una Asamblea, según las Constituciones de 1861 y 1871. En 1868 se establecieron dos cámaras, como había ocurrido antes de 1861.

A partir de 1878 se conserva el sistema bicameral con el nombre de diputados a la cámara que antes era "de representantes". En esa constitución (1878) se permitía la reforma "en todo o en parte, manifestándose con carácter previo la necesidad de la reforma y estableciendo la precisión por una ley ordinaria que haya sido aprobada por los dos tercios de los miembros presentes de cada cámara". En la de 1938 limita la reforma sólo a parte de la Constitución y se introduce una redacción parecida a la del vigente artículo 230, que se conservó en las de 1945 y 1961. En la mayoría de las constituciones anteriores a 1967 disponía que las reformas o adiciones aprobadas debían ser consideradas "en las primeras sesiones de la legislatura siguiente" (1826 – 1839 – 1851 - 1868), o "en las primeras sesiones de la legislatura en que hubiere renovación en

la cámara de diputados" (en todas las restantes). En 1967 se adoptó un sistema más rígido (puesto que se suprimió ese año las renovaciones bienales de las cámaras legislativas), disponiéndose que "en las primeras sesiones de la legislatura de un nuevo período constitucional se considerará el asunto (Art.231).

O'Donnell, al usar el término "democracia delegativa" se refiere a situaciones en las cuales existe una tendencia del electorado a votar por líderes que asumen un rol de "salvadores de la patria" en escenarios de crisis³³. Estos modelos han sido muy frecuentes en Bolivia. Se caracterizan por elegir líderes providenciales que releven a los ciudadanos de sus responsabilidades frente a situaciones críticas. Con el incremento de los componentes caudillistas, plebiscitarios y no institucionales³⁴. La crisis del Estado en la Bolivia contemporánea, en tanto representación de legalidad y la consecuente incapacidad para hacerla cumplir en forma efectiva, ha llevado a la construcción de una democracia con una "ciudadanía de baja intensidad": se respetan los derechos participativos y democráticos de la poliarquía, pero se viola el componente liberal de la democracia³⁵. Una situación en la que se vota con libertad y hay transparencia en el recuento de votos, pero en la que no existe un trato correcto de la policía o la justicia, sería un caso en donde se pone en tela de juicio el componente liberal de esa democracia y se cercena severamente la ciudadanía.³⁶ Es por ello que en Bolivia han surgido los con fuerza los nuevos movimientos sociales³⁷.

Bolivia se enmarca, pues, en un modelo imperfecto de democracia representativa no liberal (teorizada por Bachrach, Macpherson y Pateman) en la que cual resultan íntimamente unidas la poca participación y la desigualdad social³⁸.

33 IRIARTE A., VÁZQUEZ M. y BERNAZZA C.A. , *Democracia y Ciudadanía: Reflexiones sobre la Democracia y los Procesos de Democratización en América Latina* en www.revistafuturos.info.

34 O'DONNELL, G., *¿Democracias delegativas?* Cuadernos CAEH N°61, 1992

35 SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.

36 O'DONNELL, G. "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencia a países pos-comunistas", en *Revista Desarrollo Económico* N° 130, julio-septiembre 1993

37 IRIARTE A., VÁZQUEZ M. y BERNAZZA C.A. , *Democracia y Ciudadanía*, cit.,

38 *Ibidem*.

El 21 de Octubre de 2008, fue aprobada la Nueva Constitución Política del Estado, dejando en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumiendo el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Tanto mujeres como hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestaron su compromiso con la unidad y la integridad del país.

8. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 2009 Y LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO BOLIVIANO

La Constitución aprobada en Bolivia el 25 de Enero de 2009, y que entró en vigor el día 7 de febrero del mismo año, ha introducido profundas modificaciones en el anterior Estado republicano, y ha supuesto para este país entrar definitivamente en el siglo XXI con instituciones de su tiempo, e incorporar, a partir de valores, principios, derechos fundamentales e institucionalidad propia, los mecanismos del constitucionalismo moderno³⁹. Cuya “dimensión expansiva”⁴⁰, valor normativo directo y sistema de justicia (y control) constitucional nucleado en torno a un catálogo de derechos fundamentales, se encuentran presentes como novedades en la nueva Carta Magna de Bolivia.

³⁹ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, cit., p. 150

⁴⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias” en: VV.AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Madrid: Dykinson, (2008) pp. 73-104.

A partir de los elementos del constitucionalismo moderno, la Ley Fundamental boliviana de 2009 articula un nuevo modelo de Estado de Derecho⁴¹. Se trata de un Estado de Derecho sustentado primordialmente en el valor (moral, político y jurídico) de la “*plurinacionalidad*”. Esto ha supuesto, además del reconocimiento constitucional de 36 naciones y pueblos indígenas originario campesinos –sin olvidar al conjunto de Bolivia como nación–, esto es, el hecho del “reconocimiento de que Bolivia es una nación de naciones”⁴², una profunda renovación en las estructuras del país, así como en la conformación de los poderes del Estado en todos los niveles de la Administración. Hasta el punto de que puede hablarse que la Constitución de 2009 lleva a cabo la “refundación” de Bolivia como país.

En este sentido, Bolivia, pasa a ser un Estado Constitucional de Derecho con carácter *plurinacional* (art. 1 de la CPE), quebrando con ello los fundamentos del Estado nación (monoculturalismo y monismo jurídico) y reconociendo a los pueblos indígenas originario campesinos como *naciones*, con capacidad política y jurídica para definir sus destinos, aunque en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el art. 2 de la CPE⁴³.

La nueva Constitución boliviana, en efecto, quiebra el modelo de Estado propio del “liberalismo homogeneizador decimonónico y, por consiguiente, quiebra la nación jacobina, abstracta, uni-nacional, centralista y uni-cultural que ha sido altamente ineficaz desde todos los puntos de vista a la hora de gestionar una sociedad plural como la de Bolivia; y que en la práctica ha fulminado e invisibilizado cualquier diferencia étnica,

⁴¹ ASÍS ROIG, R. de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid: Dykinson (1999).

⁴² GARCÍA LINERA, A.: “Los tres pilares de la nueva Constitución Política del Estado”, *Discursos, Análisis, Debate 2008-2010*, La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 62.

⁴³ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, 17 (2010): p. 12-39. Ver también: “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *El otro Derecho*, n.º 30 (2004): p. 1-25.

cultural o nacional. E instaure, en su lugar, un Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional”.⁴⁴

Tal como está articulada la actual Ley Fundamental boliviana, el cumplimiento de numerosos fines que persigue el Estado de Derecho Plurinacional allí instaurado exige asimismo la apuesta de su articulación como un Estado social de Derecho –frente al Estado de Derecho liberal o neoliberal republicano⁴⁵–, o dicho con otras palabras, de un “Estado de Derecho del Vivir Bien” (según el Artículo 8.I. CPE: “El Estado asume y promueve el ... suma qamaña” o vivir bien colectivo), a modo de variante conceptual –y original– en el contexto boliviano del modelo de Estado del Bienestar europeo.

Así pues, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 (en adelante, CPE) ha generado unos profundos cambios constitucionales que han dado lugar a una modificación radical en el modelo de Estado de Derecho que operaba en ese país. Dos son sus ejes fundamentales. Por una parte, la fuerte relevancia que adquiere el valor de la plurinacionalidad, hasta el punto de que dicho valor (moral, político y jurídico) se constituye en el “hecho fundante básico” del propio Estado (Plurinacional) boliviano y de la misma Constitución. Y, por otra parte, la trascendencia del valor constitucional de la plurinacionalidad en el diseño de los Órganos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial y electoral) y de la institucionalidad del país que singularizan al nuevo modelo de Estado de Derecho Plurinacional que implanta la actual Ley Fundamental.

Estas manifestaciones de la plurinacionalidad, que caracterizan al Estado de Derecho plurinacional, cabe denominarlas como “plurinacionalidad orgánica e institucional”. Analizaremos, pues, en las “manifestaciones constitucionales” de la

⁴⁴ DEL REAL ALCALÁ, A., “La construcción de la Plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y resistencias, Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional, Memoria Conferencia Internacional, CONCED, GTZ, Bolivia, 2010

⁴⁵ GARCÍA LINERA, A.: “Del Estado neoliberal al Estado plurinacional, autonómico y productivo”, en: *ibid.*, pp. 71-84.

plurinacionalidad en cuatro ámbitos esenciales: en el modelo de Democracia y representación política; en el modelo de organización territorial; en el modelo social-económico del Estado social de Derecho y, finalmente, en el modelo de sistema judicial y de justicia constitucional tal y como ha sido configurado por la Carta Magna boliviana.

8.1. La plurinacionalidad como “*hecho fundante básico*” del Estado y de la Constitución de Bolivia

Una de las principales novedades de la Constitución boliviana de 2009 es la inclusión de la plurinacionalidad como uno de los valores morales, políticos y jurídicos más importantes, y con más trascendencia, de la Ley Fundamental. Es tan alta su relevancia constitucional, que puede concluirse que dicho valor es configurado en la Carta Magna como el “hecho fundante básico” del (nuevo modelo de) Estado de Derecho y de la Constitución misma. La plurinacionalidad viene a impregnar a todo el diseño institucional del Estado en todos los niveles de poder. E incluso, en buena medida, el control de constitucionalidad de este nuevo modelo de Estado de Derecho se ha de llevar a cabo sobre la base de un “haz de derechos fundamentales” cuyo sustrato es expresamente plurinacional. Veamos en qué consiste lo aquí afirmado.

En primer lugar, de la observación de la CPE de 2009 se deduce que la plurinacionalidad posee una “vinculación nuclear” con los mismos fundamentos de la Constitución boliviana y con el modelo de Estado de Derecho que ésta instituye. Este carácter “nuclear” de la plurinacionalidad se expresa ya en el mismo Preámbulo constitucional, que plasma la siguiente declaración colectiva:

“El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia”:
“Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta

que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”. “El pueblo boliviano,... construimos un nuevo Estado... con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra.” Asimismo, desarrollando esta misma dirección de la declaración constitucional, la trascendencia nuclear de la plurinacionalidad también se constata por la “ubicación sistemática” que ésta asume en la Primera Parte de la CPE, destinada a las Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías; Título I (Bases Fundamentales del Estado), Capítulo II (Principios, Fines y Valores del Estado).

En segundo lugar, en coherencia con lo anterior, la plurinacionalidad atraviesa la CPE de un lado a otro, poniendo de manifiesto su carácter “transversal”, afectando a todas las normas del sistema jurídico boliviano, a todo el diseño político e institucional en todos los niveles del Estado y al mismo sistema de derechos fundamentales. Esto significa que la plurinacionalidad informa a toda la normativa constitucional sin excepción, y que toda entera queda vinculada por ella en su base “moral”, en su “espíritu” y en sus “finalidades”, así como en su base “institucional” y “política”, en su “sistema de derechos”, en los “deberes” y “actuaciones” de los poderes públicos, e incluso en las relaciones entre particulares, y por supuesto, en el “sistema de justicia constitucional”. Extendiéndose las expresiones constitucionales del valor de la plurinacionalidad a todas las grandes instituciones del Estado refundado. Y, de hecho, numerosas instituciones de Bolivia pasan a denominarse “plurinacional”: este es el caso del nombre oficial del Estado, de la Asamblea Legislativa, del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional Plurinacional, en adelante TCP), etc.

Además de en el Preámbulo de la CPE, desde el punto de vista normativo-constitucional, expresiones de esa transversalidad del valor moral, político y jurídico-constitucional de la plurinacionalidad pueden constatarse en el Artículo 1 CPE, el cual define a la plurinacionalidad como elemento determinante del modelo de Estado de Derecho que configura la nueva Ley Fundamental: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario,... intercultural, descentralizado

y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo [entre otros]... jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

Asimismo, en el Artículo 98.I. CPE, que establece de manera explícita que “La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario”. Y también determina que “La interculturalidad (que tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones) es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones que conforman Bolivia.” En este sentido, la plurinacionalidad como expresión de la diversidad cultural en Bolivia es estimada por la Carta Magna como una “fortaleza” a visibilizar y no una debilidad a ocultar (Artículo 98.II. CPE), aun todos los problemas que conlleva la gestión de la heterogeneidad⁴⁶, que, en todo caso, son siempre infinitamente menores que el no-reconocimiento (por marginación de un sector) de la sociedad civil entera.

En tercer lugar, la vinculación nuclear de la plurinacionalidad a los fundamentos mismos de la Constitución y su carácter transversal a todos los ámbitos de todas las instituciones políticas, jurídicas, sociales y económicas en cualquiera de los niveles del Estado no es algo baladí, sino que encuentra su explicación en que realmente la plurinacionalidad tiene “carácter previo” al Estado boliviano y a la Constitución misma. Este carácter previo presenta dos manifestaciones principales. Por una lado, cuál es la “raíz empírica” de la plurinacionalidad. Y, por otro lado, cuál es su “raíz moral”. En relación a la “raíz empírica” de la plurinacionalidad, ésta se encuentra en la sociedad civil boliviana, en el conjunto del pueblo boliviano, específicamente en la diversidad étnica y cultural constitutiva que lo singulariza. Y, en verdad, dicha heterogeneidad se traduce en plurinacionalidad cuando adquiere forma política e institucional en función de la nueva Constitución.

⁴⁶ DEL REAL ALCALÁ, J., “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. y otros (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid: 2005, pp. 177-198.

Si la raíz empírica de la plurinacionalidad es la heterogeneidad étnica y cultural de la sociedad civil boliviana, su “raíz moral” se encuentra en el valor general de la “dignidad humana”, tanto de individuos (dignidad de la persona) como de colectivos (dignidad colectiva)⁴⁷. Este dato es absolutamente relevante, porque coadyuva a determinar prima facie a los “titulares” portadores de aquellos derechos fundamentales – dentro del catálogo de esta clase de derechos que reconoce la CPE– que tienen claramente raíz plurinacional. Aunque, la delimitación de los titulares de los derechos de la plurinacionalidad, sobre todo respecto a los grupos colectivos, no es tan fácil, pues la cuestión de “cuáles son los grupos colectivos amparados por la CPE” a este respecto, tiene una respuesta en cierto modo indeterminada en la CPE: las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afro-bolivianas. Aquí resulta que, en rigor, la CPE no concreta claramente cuáles son unas/unos y otras. Por lo que, en caso de controversia, y de no identificarse expresamente aquéllos por ley específica, dicha indeterminación deberá ser resuelta por el TCP.

En cuarto lugar, si la plurinacionalidad tiene una vinculación nuclear a los propios fundamentos de la Constitución boliviana y del modelo de Estado que ésta instituye, si posee carácter transversal a todas las instituciones del país en todos los niveles, y si por su raíz empírica (en la diversidad étnica y cultural constitutiva de la sociedad civil boliviana) y por su raíz moral (en el valor general de la dignidad humana) tiene carácter previo al Estado y a la propia Carta Magna, no podemos deducir y concluir sino que tal como está configurada en la CPE de 2009 la plurinacionalidad se presenta como el “hecho fundante básico” del Estado y de la misma Constitución bolivianos.

Desde luego, la plurinacionalidad, joya de la Constitución boliviana, representa el valor opuesto a las bases del anterior Estado republicano que, como Estado uninacional

⁴⁷ ASÍS ROIG, R.: “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en: MOLINA NAVARRETE, C. y otros (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada (2002), p. 153-176.

de Derecho, nació siendo un Estado liberal universalista sustentado en la “doctrina Staats-nation”, o proceso liberal de construcción nacional, pero pronto viró hacia una “doctrina Kulturnation” de carácter excluyente por unicultural y marginación de la diversidad, aunque eso sí, revestido de un ropaje abstracto-formal⁴⁸.

En quinto lugar, el “contenido material” de la plurinacionalidad como hecho fundante básico del Estado y de la Constitución bolivianos se encuentra explicitado en el texto constitucional, e incluye –por ejemplo– en relación a la especificación de su dimensión moral: a todos los “principios ético-morales de la sociedad plural” reconocidos en la Ley Fundamental, y que “asume” el Estado como propios y se compromete a “promover” (Artículo 8.I. CPE): “ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).” Otros principios de carácter político en los que se sustenta el Estado y que están relacionados con el valor de la plurinacionalidad y que también tienen que ver con su dimensión moral son (Artículo 8.II. CPE): la “unidad”, la “inclusión”, la “dignidad”, la “armonía”, “equidad social”, “bienestar común”, “justicia social”. En cualquier caso, dentro del contenido moral de la plurinacionalidad es de destacar la noción constitucional del “vivir bien” colectivo, concepto nuclear en torno al cual se articula el modelo boliviano de Estado social de Derecho por el que apuesta la CPE. De ahí la estrecha “conexión estructural” que establece la Constitución boliviana entre Estado de Derecho Plurinacional y Estado social de Derecho.

Por supuesto, dicho contenido ético-moral material de la plurinacionalidad nos pone de manifiesto que este valor constitucional se constituye –también– en uno de los principales “motores de la igualdad” en Bolivia, y por tanto, en uno de los más destacados pilares del nuevo “sistema de justicia” (plurinacional e intercultural) que trata de implementar la CPE. Sistema de justicia que, a su vez, es la principal instancia

⁴⁸ DEL REAL ALCALÁ, J.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 373 ss.

legitimadora del Estado de Derecho Plurinacional que articula el texto constitucional. Dato que evidencia, una vez más, que el diseño conceptual, institucional y constitucional del modelo Estado de Derecho plurinacional que se ha erigido en Bolivia sólo es realizable a través de un Estado social de Derecho.

Y en sexto lugar, por último, como hecho fundante básico de la refundación del país, la plurinacionalidad se encuentra especialmente protegida por la CPE. Esta protección es de dos clases. Se trata de una “protección general” en función de que la plurinacionalidad –por su conexión material con el valor general de la dignidad humana– se beneficia de la protección constitucional que dicho valor general recibe (Artículo 22 CPE: “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.”). Pero, es también una “protección específica” y singular a la plurinacionalidad como valor constitucional primordial, tal como la que se establece en los Artículos 98.III, 99.I. y 100.I. de la CPE.

8.2. La *plurinacionalidad* en el diseño del nuevo modelo de Estado de derecho en Bolivia

Vistas las características anteriores que hemos examinado, el carácter expansivo que el que ha sido configurado el valor de la plurinacionalidad en la CPE boliviana de 2009 se despliega a lo largo y ancho de todo el texto constitucional a través de las siguientes “categorías”:

– Como “hecho fundante básico” del (nuevo modelo de) Estado de Derecho y de la Constitución misma, según se ha visto en el anterior epígrafe.

– Como “valor moral” que motivó al poder constituyente a conseguir una nueva Carta Magna.

– Como “valor político” asumido por el poder (político) constituyente y desde el que éste ha diseñado las instituciones del Estado en la actual Constitución, configurando y condicionando la forma en la que el Estado se ha organizado en todos y cada uno de los niveles institucionales previstos.

– Como “valor jurídico superior” del ordenamiento boliviano, que impregna la configuración heterogénea de todo el sistema jurídico del país, y también el sistema de justicia constitucional articulado por la Carta Magna⁴⁹. El que la plurinacionalidad tenga la cualidad de valor jurídico superior del ordenamiento boliviano le permite generar un manajo de derechos fundamentales incorporados por la Ley Fundamental⁵⁰, cuyo rasgo principal reside precisamente en compartir el sustrato material plurinacional que les es común.

– Como “principio constitucional” que ha de regir la actuación de los poderes públicos bolivianos⁵¹.

– Como “derecho subjetivo” de la ciudadanía (derecho constitucional), implementado como derechos fundamentales tanto individuales como colectivos, cuyo fundamento es el valor moral y jurídico superior de la plurinacionalidad; especial mención merecen aquí los derechos reconocidos específicamente a grupos vulnerables como las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

– Y como “deber jurídico”, impuesto por la Constitución a los poderes públicos y a las relaciones entre los particulares, a favor de los sujetos titulares beneficiados por los derechos fundamentales de carácter plurinacional que ampara la nueva Ley

⁴⁹ PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos. (1987a):

⁵⁰ ROJAS TUDELA, F.: “Análisis y Comentarios de la Primer Parte de la CPE”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, pp. 283-294; ANSUÁTEGUI ROIG, F. y otros (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid: Dykinson. (2005),

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, L.: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson,(1998).

Fundamental⁵².

Todas las anteriores manifestaciones del valor de la plurinacionalidad no son sino muestra de la transversalidad que despliega este valor constitucional a lo largo y ancho de la Carta Magna boliviana, afectando a todos los órganos del Estado y a todas las instituciones políticas, jurídicas, sociales y económicas del país en todos los niveles y dimensiones. Como he referido al inicio de estas páginas, a estas expresiones orgánicas e institucionales de plurinacionalidad las he calificado como “plurinacionalidad orgánica e institucional”. Ellas singularizan al modelo de Estado de Derecho Plurinacional que opera en Bolivia desde la CPE de 2009. Distinguir las y clarificarlas va a ser determinante para poder identificar cuáles son los elementos propios de este modelo.

a) La plurinacionalidad en el modelo de democracia: la “democracia plurinacional” (representativa, comunitaria e intercultural)

La expresión de la plurinacionalidad en la participación y composición de los Órganos del Estado y en la representación política está relacionada, respectivamente, con las normas constitucionales que hacen plurinacional la composición de dichos Órganos (legislativo, ejecutivo, judicial y electoral) o a la representación política de la ciudadanía que los conforma.

La institucionalización de la plurinacionalidad boliviana tiene incidencia en el propio “Sistema de Gobierno” (Capítulo III, Título I, Primera Parte), que establece en su Artículo 11.I. CPE que “La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.” Aquí, el Estado de Derecho Plurinacional incluye dos

⁵² PECES-BARBA, G.: “Los deberes fundamentales”, en: *Doxa*, n. 4, 1987, pp. 329-341.

métodos de representación democrática. Por una parte, el método representativo basado en el voto universal, directo y secreto según establece el Artículo 11.II.2 CPE (Democracia representativa). Y, por otra parte, el método representativo comunitario, en los ámbitos en los que está previsto que tengan representación específica los pueblos indígenas originario campesinos –y comunidades asimilados a ellos–, a través de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos conforme a la ley, según establece el Artículo 11.II.3 CPE (Democracia comunitaria).

De lo cual resulta una representación política intercultural, conformada por la presencia –en función de los ámbitos que distribuye la CPE– de los procedimientos tanto de voto universal como de representación comunitaria. Sin duda, estas formas de Democracia que recoge la CPE constituyen un elemento clave en la conformación del carácter plurinacional del Estado boliviano.

b) La plurinacionalidad en el modelo territorial: el “estado de las autonomías”

Esta expresión de la plurinacionalidad está relacionada con las normas constitucionales que institucionalizan la plurinacionalidad en la estructura territorial del Estado, a través de la descentralización del poder político, de lo que resulta el modelo de Estado de las Autonomías que adopta Bolivia y la configuración de una Administración multinivel.

La institucionalización de la plurinacionalidad genera e impulsa la “estructura territorial” que adopta Bolivia en la Constitución de 2009. La Constitución establece el mandato al poder central de que la plurinacionalidad se institucionalice “territorialmente” a través de la distribución descentralizada del poder político en diversos niveles, determinado cada uno de ellos por la “lista de competencias” que establece la Carta Magna. Así lo determina el Artículo 1 CPE: “Bolivia se constituye en

un Estado Unitario... Plurinacional... intercultural, descentralizado y con autonomías.” Este hecho supone adoptar un “nuevo modelo de Estado territorial” que sea más acorde con el “modelo de Estado de Derecho Plurinacional” que instituye la Constitución.

Significa, en rigor, llevar a cabo seriamente en Bolivia la transición desde un “Estado Unitario centralista neoliberal de Derecho”, heredado del siglo XIX, propio del inicial liberalismo homogeneizador que se prodigó en aquellos tiempos⁵³, hacia un Estado (unitario) descentralizado, más acorde con los procesos de distribución del poder político que han tomado fuerza, como elemento democratizador, desde el último tercio del siglo pasado. En el texto constitucional, toda la Tercera Parte de la CPE (Estructura y Organización Territorial del Estado) está dedicada a esta cuestión. Se trata, sin duda, de una de las piedras angulares de la Carta Magna.

El modelo territorial como “Estado de las Autonomías” que adopta Bolivia se ancla en el Artículo 269.I. CPE, que define la estructura territorial del Estado en función de su composición plurinacional, disponiendo que “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos.” Dichos Departamentos territoriales, o “unidades territoriales” (como le denomina el Artículo 269.II. CPE), serán creados, modificados y delimitados por voluntad democrática de sus habitantes, de acuerdo a las condiciones establecidas en la Constitución y la ley.

Tanto la Constitución como la Ley nº 31 de 19 Julio de 2010 Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez” (en adelante, LMAD) viabilizan y garantizan los 4 niveles en los que se estructura el Estado Autónomico boliviano: Departamental, Regional, Municipal, e Indígena Originario Campesino. Los Departamentos autónomicos, las Regiones autónomas y las Autonomías de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos podrán darse un Estatuto de Autonomía,

⁵³ GARCÍA LINERA, A.: “El Estado Plurinacional”, en *Discursos, Análisis, Debate 2008-2010*, La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional, pp. 39-52.

mientras que los Municipios articularán su autonomía en una Carta Orgánica, todos ellos dentro del marco de la Constitución.

Desde el punto de vista material de las funciones del poder público, la descentralización del poder político y la conformación de la Administración mult inivel en Bolivia se organiza según el reparto de competencias que establecido por la Carta Magna asume el Gobierno central y cada ente autonómico⁵⁴. Competencias que la CPE agrupa en cuatro tipos diferentes (Artículos 297 a 305 CPE): competencias “privativas” (del Estado central, no transferibles ni delegables); competencias “exclusivas” (de un determinado nivel de poder: Gobierno central, Gobiernos Autonómicos, susceptibles de transferencia y delegación); competencias “concurrentes” entre el Estado y los entes autonómicos; y competencias “compartidas” entre Estado (legislación básica) y los entes autonómicos (legislación de desarrollo). En total, la CPE (febrero 2009) reconoce 59 competencias a favor de las entidades autónomas descentralizadas (36 exclusivas y 23 entre competencias concurrentes y compartidas), aunque la LMAD ha ampliado esta lista en julio de 2010 en un número de 50 nuevas competencias para los entes descentralizados.

c) La plurinacionalidad en el modelo de justicia: el “pluralismo jurídico”

Me refiero aquí a las normas constitucionales que institucionalizan la plurinacionalidad en la estructura judicial del Estado y en el sistema de justicia constitucional. La incidencia más importante de la plurinacionalidad en el sistema de justicia es el principio constitucional del “pluralismo jurídico”, la institucionalización de un sistema de justicia plurinacional, y la obligación de que los operadores jurídicos

⁵⁴ MORALES OLIVERA, Teresa: “Estructura y organización territorial del Estado”, en: AA.VV., Miradas. Nuevo Texto Constitucional, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, (2010): pp. 559-567.

incorporen la “interculturalidad” como criterio de interpretación de las normas del Derecho⁵⁵.

El pluralismo jurídico lo establece el Artículo 1 de la CPE: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.” También en relación al pluralismo jurídico, el Artículo 179.I. CPE determina que aun siendo la función judicial única en Bolivia, son distinguibles en el ordenamiento boliviano una pluralidad de jurisdicciones, todas ellas en situación de igualdad jerárquica: ordinaria, agroambiental, especiales, e indígena originaria campesina (que es ejercida por sus propias autoridades, elegidas por sus usos y costumbres, y su sistema institucional propio de funcionamiento).

En rigor, en Bolivia existe “un” sistema jurídico unitario aun cuando está formado por una pluralidad de jurisdicciones en igualdad jerárquica. A este respecto, el pluralismo jurídico (a modo de pluralidad de jurisdicciones) opera a “nivel subconstitucional”, pero a nivel constitucional el ordenamiento boliviano se presenta como un ordenamiento unitario cuya cúspide es el sistema de justicia constitucional representado por el catálogo de derechos fundamentales que reconoce la CPE. Por lo que la labor de armonización y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano va a descansar, en última instancia, en la doctrina jurisprudencial que elabore el TCP. Aquí los 7 Magistrados que integran el sistema de justicia constitucional del TCP son elegidos por sufragio universal desde una sociedad civil plural que debiera facilitar la llegada de Magistrados de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos al máximo órgano de la justicia constitucional, aunque la ley garantiza la presencia mínima de 2 de ellos. Por supuesto, esto significa que después de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el TCP es la más importante de todas las instituciones públicas bolivianas. Sin duda, su

⁵⁵ RODRÍGUEZ VELTZÉ, E.: “Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, pp. 423-433.

papel va a ser determinante en la construcción y consolidación de la refundación del país.

d) *La plurinacionalidad en el modelo social-económico: la “economía comunitaria” como elemento de la economía plural*

Esta expresión de la plurinacionalidad está relacionada con las normas constitucionales que institucionalizan la plurinacionalidad socio-económica, esto es, la “economía comunitaria” como medio típico y habitual de producción económica de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos. Y que la CPE valoriza como parte del contenido del modelo económico (y social) plural que significa –según la Carta Magna– articular en Bolivia un Estado social de Derecho plurinacional a partir de la noción central del “vivir bien” colectivo. Téngase en cuenta que la plurinacionalidad también incide en el modelo social que instaura la Constitución de 2009, determinando el concepto de “economía plural” como un componente específico del Estado de Derecho Plurinacional boliviano. Componente específico que exige “la construcción del paradigma del vivir bien” colectivo⁵⁶. La incidencia de la plurinacionalidad en el modelo social determinado por la noción de “vivir bien” tiene sentido a partir de constatarse la íntima conexión que existe entre los siguientes cuatro factores: la diversidad cultural de la población; la efectiva extensión limitada de los derechos a las personas culturalmente diferentes a la mayoría (esto es, a los miembros de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos); el disfrute efectivo muy reducido por parte de esta población de los beneficios que representan los servicios públicos proporcionados por el Estado de Derecho; y la puesta “en valor” (público) de los modos tradicionales de gestión económica propios de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

⁵⁶ MONTERO JUSTINIANO, L.: “Una economía para la inclusión”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, pp. 587-598.

Diversas normas constitucionales concretan en qué consiste la plurinacionalidad socio económica. Así, el Artículo 306.I y II. CPE reconoce a la “económica comunitaria” de los pueblos indígenas como parte de la economía del vivir bien en el ámbito de la organización económica del país, e integrante de la misma: “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.”. En su párrafo II ampara constitucionalmente a la “economía plural” “constituida por las formas de organización económica comunitaria”, que “completan” el vivir bien colectivo. Estableciéndose una estrecha vinculación entre la economía propia de los pueblos indígenas y el “modelo económico del vivir bien” (Artículo 313 CPE).

Asegurando la Constitución (Artículo 307 CPE) que “El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria”, consistente en “los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos.”

De todo lo cual resulta que el Estado de Derecho en Bolivia ha sido diseñado desde la CPE incluyendo el elemento específico de la “economía plural”, que integra a la economía social de mercado y a la economía comunitaria.

En conclusión, la Constitución boliviana de 2009 eleva a la plurinacionalidad a la categoría de “hecho fundante básico” de la refundación del país. Y refundación precisamente como un “Estado de Derecho Plurinacional”. Además, la nueva Constitución boliviana establece una estrecha “conexión estructural” y de “fines” entre el modelo de Estado de Derecho Plurinacional y el modelo de Estado social de Derecho por los que apuesta. Presentándolo como modelos inescindibles en la Bolivia actual.

En todo caso, debe ser destacado que la CPE boliviana de 2009 no es una Constitución más en la historia del país andino. Todo lo contrario. Representa un cambio histórico en Bolivia, cuya labor incluye dos tipos de reformas profundas en la estructura

del Estado, nunca hasta el momento acometidas: transitar desde el anterior Estado jacobino republicano hacia un “Estado de Derecho plurinacional”. E igualmente, transitar desde el anterior Estado neoliberal de Derecho hacia un “Estado social de Derecho” nucleado en torno a la noción constitucional del “vivir bien” colectivo. Y por tratarse de hondos cambios, puede afirmarse que la Constitución boliviana de 2009 lleva a cabo ni más ni menos que la “refundación” de Bolivia como país. Se trata de una tarea muy loable, pero una tarea de titanes llena de grandes dificultades, en la que no podemos sino desear la mejor suerte a los bolivianos y bolivianas.

Vista la trascendencia nuclear, fundacional y transversal-institucional que adquiere el valor constitucional de la plurinacionalidad tanto para con la CPE de 2009 como para con el modelo de Estado de Derecho que aquella configura, su protección deberá ser un cometido primordial que han de asumir no sólo las autoridades bolivianas sino también los demás operadores políticos y jurídicos del país, y de igual modo los agentes sociales y económicos. Es verdad que para llevar a cabo tal cometido se cuenta con los pertinentes mecanismos legales-constitucionales, pero aquí, sin lugar a dudas, incidirá de modo significativo la institución del Tribunal Constitucional Plurinacional, que deberá velar para que este valor moral, político y jurídico, así como todas las numerosas expresiones constitucionales que genera en los más diversos ámbitos, no sea vulnerado en los actos de legislación, de ejecución o de interpretación.

Téngase en cuenta que, por la forma en la que está armada la CPE, vulnerar la plurinacionalidad representa quebrar la propia esencia de la Constitución y del modelo intercultural, social y descentralizado de Estado de Derecho que han escogido democráticamente los ciudadanos/as bolivianos/as a la hora de delinear institucionalmente un Estado Plurinacional para Bolivia (“Estado Plurinacional de Bolivia”, en su denominación oficial).

9. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

La definición de derecho fundamental del texto boliviano habría que extraerla de una interpretación sistemática de los artículos 13 y 14 (notas fundamentales), con los artículos 109, 129, 132 y 134 de la Constitución (garantías reforzadas)⁵⁷. Este análisis permite aventurar que se trata del conjunto de derechos subjetivos, libertades públicas y garantías, que cuentan con un especial grado de protección, que están constitucionalmente reconocidos y que tienen como finalidad prioritaria “respetar y

⁵⁷ “Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. 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”.

“Artículo 14. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos. IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban. V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano. VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga”.

“Artículo 109. I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección. II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley”.

“Artículo 128. La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

“Artículo 132. Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley”.

“Artículo 134. I. La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”.

promover” la dignidad, la libertad, la igualdad, la participación política y social, la pluralidad y la identidad, la singularidad étnica, y cualquier otro aspecto que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de ciudadanos libres e iguales. Tales derechos emanados directamente de la Carta Magna vinculan a los poderes públicos, y se constituyen el fundamento axiológico, institucional y funcional del Ordenamiento político y jurídico de la comunidad de pueblos de Bolivia.

Es decir, estamos ante los elementos esenciales del orden jurídico-político general. Son condición misma de la democracia, en cuanto normas que asignan competencia al legislador y establecen ámbitos inmunes a la actividad pública, definen el status jurídico básico del individuo, actúan como un factor de homogeneización de todo el sistema jurídico y suponen un límite a la enorme y singular variedad del pluralismo territorial boliviano.

Dentro de esta definición están incluidos los derechos de libertad, de autonomía o de defensa, que reconocen un ámbito soberano al individuo, sin interferencias estatales, necesario para el desarrollo de sus potencialidades vitales; los derechos democráticos o de participación, que admiten facultades de intervención en el proceso político y un enorme elenco de derechos sociales o derechos de prestación, que se refieren a determinadas pretensiones de los ciudadanos hacia los poderes públicos para que le asistan o para que actúen en cierto sentido a su favor⁵⁸.

Hemos mencionado “derechos y libertades”, por lo que conviene diferenciar ambas categorías. Los primeros se conciben hoy como herramientas que el ordenamiento facilita a los individuos y que les permite, en primer lugar, reconocerse como tales y, en segundo lugar, defender y reivindicar sus esferas más íntimas. Tales instrumentos proporcionan a sus titulares un abanico de facultades (denominado contenido material) y autorizan para protegerlo y defenderlo frente a todos, Estado y

⁵⁸ FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, p. 22, distingue entre los derechos fundamentales de la personalidad o humanos, que corresponden a todos y los de ciudadanía o públicos, civiles o políticos, que pertenecen sólo a los ciudadanos y entre los sustanciales, también de todos y los instrumentales, sólo de los capaces de obrar.

particulares, en el supuesto de que sea vulnerado, a través de las garantías previstas para su defensa o restitución, en especial las procesales⁵⁹.

Las libertades públicas, por su parte, amparan una libre y lícita actividad de los particulares. Son obligaciones negativas del Estado que le imponen el deber de tolerarlas, de abstenerse y de no interferir en ellas. Tomadas en sentido estricto, son facultades y esferas de acción autónoma de los individuos o de los grupos positivamente protegidos frente a la intervención del Estado, y se corresponden únicamente con un reducido sector de los derechos fundamentales de la personalidad⁶⁰.

Los derechos delimitan una esfera de libre actividad personal más técnica que las libertades. Normalmente no obligan al Estado y son susceptibles de crear deberes jurídicos respecto a otras personas privadas. Esencial y exclusivamente, protegen los intereses particulares de sus titulares, que son primordiales e imprescindibles para ellos, pero singularmente privados. Las libertades, en cambio, preservan a la vez intereses privados de sus titulares, con lo que se igualan a los derechos, y un interés público esencial en el desarrollo de una sociedad libre y democrática. Debido a este doble valor, cuando se produce un conflicto entre las unas y los otros, la Jurisprudencia

⁵⁹ CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, “Derecho privado y Constitución”. Núm. 10, 1996, p. 96, respecto del ordenamiento español, recalca que la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, ofrece una perspectiva claramente superadora de los planteamientos estrictamente patrimonialistas del pasado. En España, los derechos de la personalidad son derechos públicos subjetivos en tanto que vinculan a poderes públicos y a particulares (artículo 9.1 de la Constitución española). La evolución del Estado liberal y el poder de penetración que éste ha demostrado en los diversos aspectos de la vida privada y, por supuesto, de la vida colectiva, hacen que la vieja noción de los derechos de la personalidad como reducto inexpugnable en favor del individuo o incluso de determinadas clases sociales, aparezca hoy como claramente caducada. Apoya esta aseveración la propia doctrina del Tribunal Constitucional que, desde las primeras sentencias ha sostenido la doble dimensión como característica básica de los derechos fundamentales, derivada de su consideración no sólo como derechos públicos subjetivos, sino también como elementos esenciales o valores objetivos que vinculan a la sociedad en su conjunto. Bien, pues esto mismo puede decirse de tales derechos en el ordenamiento boliviano.

⁶⁰ SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Estudio sobre las libertades*. Valencia, 1995, afirma que el término “libertad pública” aparece en Francia en las Constituciones de 24 de junio de 1793 y de 4 de junio de 1814. La primera vez que se utiliza el plural “libertades públicas” en un texto constitucional es en la Constitución del Imperio Francés, de 14 de enero de 1852. Son poderes de ámbito más restringido que los derechos fundamentales y presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas. Permiten actuar sin coacción y son públicas porque corresponde a los órganos del Estado respetarlas y garantizarlas.

Constitucional suele favorecer las primeras, siempre que se ejerzan dentro de unos límites, señalados en la Constitución y en su desarrollo legislativo, puesto que su supremacía no puede ser una vía de abuso de derecho.

9.1. Notas esenciales de los derechos fundamentales en la Constitución boliviana

Las notas esenciales con las que el texto constitucional boliviano categoriza los derechos fundamentales vienen especificadas en el art. 13.1: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos”. Veamos, a continuación, cada una de estas notas.

A) Inviolabilidad o carácter absoluto

Uno de los rasgos tradicionalmente atribuidos a los derechos fundamentales, es la inviolabilidad o carácter absoluto⁶¹. Los textos constitucionales más representativos aluden expresamente a esa nota. Entre ellos se encuentra el artículo 1º de la Ley Fundamental Alemana: “La dignidad del ser humano es intangible. El pueblo alemán proclama por tanto los derechos del hombre, inviolables e inalienables, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. También la Constitución española, en su artículo 10.1, la recoge expresamente: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”⁶².

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

⁶² Un estudio comparativo de ambos artículos en RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Moralidad, derechos, valores*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 22-24.

La inviolabilidad (o el carácter absoluto) de los derechos indica, como indica la propia terminología, que los bienes protegidos por esos derechos no pueden ser violados en absoluto; es decir, que exigen un respeto total e incondicionado por parte de cualquier sujeto y por parte de los poderes públicos. Naturalmente, si la nota se interpreta en sentido estricto, eso significaría descartar cualquier excepción en esa garantía o respeto, lo cual llevaría a una grave contradicción teórica y jurídica, ya que en algunas ocasiones, puede darse una colisión entre bienes fundamentales (por ejemplo, entre libertad y vida) y se hace necesario establecer una prelación o jerarquía entre ellos mediante la cual, en determinadas circunstancias, un derecho debe ceder en beneficio de otro más esencial, algo que resultaría imposible si no hubiera excepciones en su carácter absoluto. En consecuencia, la nota de la inviolabilidad es válida para definir los derechos fundamentales, pero hay que evitar una interpretación radical de la misma. Más concretamente, hay que precisar bien su alcance y su significado. Para ello hay que abordar el problema del límite de los derechos.

Al respecto debemos partir de la constatación de que “ningún derecho fundamental es ilimitado”. La jurisprudencia de los diversos tribunales nacionales y supranacionales ha constatado tres tipos de límites a este respecto, que consideramos plenamente aplicables al contexto constitucional boliviano:

1º) En primer lugar, los “límites inmanentes”. Significa que los derechos estarían limitados por su contenido propio, que nunca es ilimitado. La jurisprudencia española fue especialmente clara en la muy conocida STC 120/1990, de 27 de junio (relativa a la huelga de hambre de los presos del GRAPO). En ella estableció que el derecho a la vida protege el bien vida; de ahí que el contenido del derecho excluya una disposición “ilimitada” de ese bien hasta el punto de destruir el propio bien. En conclusión, el derecho a la vida no incluye la posibilidad de poner fin a la propia vida (el derecho a la muerte).

2º) El contenido de los derechos también puede ser limitado por “fines de interés social” protegidos por el ordenamiento jurídico: el orden público, la seguridad, la salud,

la moral social o pública, el bienestar general en una sociedad democrática, etc. Quienes, desde el neoliberalismo, sostienen una interpretación radical de la inviolabilidad (RAWLS, DWORKIN, NOZICK, LAPORTA), consideran que los derechos nunca pueden ser limitados para alcanzar objetivos de interés social no constitutivos de derechos humanos. No obstante, este tipo de límites son admitidos en todos los ámbitos. Sin olvidar que los diversos documentos sobre derechos humanos de carácter internacional (artículo 29.2 “in fine” de la Declaración Universal de Derechos Humanos) o constitucional, prevén esa limitación ante determinadas circunstancias (estados de emergencia, epidemias, etc.). La Constitución boliviana contempla esta posibilidad en la declaración de “estado de excepción” (artículo 13), aunque salvaguarda determinados derechos esenciales de tal limitación. En general se exigen dos requisitos básicos para justificar tales limitaciones:

a) que la limitación sea necesaria para salvaguardar otro bien jurídico de rango constitucional;

b) no violar en ningún caso el “contenido esencial” del derecho⁶³.

El “contenido esencial” se convierte así en un elemento clave en la configuración de los derechos humanos. PRIETO SANCHÍS lo ha definido como el “límite de los límites”; es decir, un reducto infranqueable que jamás puede ser vulnerado, sea cual sea la circunstancia o causa que se pretenda invocar para ello. Podríamos decir que el contenido esencial es el núcleo irreductible de la inviolabilidad de los derechos: es el contenido mínimo exigible para que se pueda hablar de verdadero respeto a la dignidad del ser humano en el bien esencial de que se trate. La jurisprudencia española (STC 11/81, de 8 de abril) lo ha definido como “la naturaleza jurídica del derecho preexistente a su formalización legislativa”. En todo caso, supone una garantía frente a la posible limitación de los mismos por parte del legislador. Se trata de un “mínimum” de difícil

⁶³ Esta salvaguarda está inspirada en el art. 19 de la “Constitución alemana”, que establece lo siguiente: “1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”.

determinación. DE OTTO recuerda que el “contenido esencial” tiene un valor declarativo y no constitutivo, por lo que no supone un límite especial distinto de los que se hayan establecido legalmente; por eso puede predicarse también de otros bienes que no sean los derechos fundamentales. Su valor consiste en ser el “soporte de un juicio de racionalidad⁶⁴”.

3º) Los derechos también pueden ser limitados por el concurso de otros derechos fundamentales. Estamos ante el denominado “conflicto de derechos”. Cuando se produce, no hay soluciones generales “a priori” (o en abstracto) para resolver la situación. Y ello porque cabe establecer una jerarquía entre estos derechos (el artículo 13.III de la Constitución lo excluye expresamente)⁶⁵. Es imprescindible, pues, atender a las circunstancias del caso concreto y efectuar un “juicio ponderativo”, en virtud de la importancia relativa de cada uno de los derechos en conflicto; es decir, teniendo en cuenta el peso y la incidencia que tienen en el concreto caso planteado. Y todo ello debe hacerse preservando siempre el contenido esencial de esos derechos. El encargado de realizar este juicio ponderativo es el Tribunal Constitucional⁶⁶. Sólo cabe una excepción al juicio ponderativo en el conflicto de derechos: el derecho a la vida prevalece siempre sobre los demás derechos. Porque en él todo es contenido esencial (no se puede estar más o menos vivo). Y también, porque la vida es condición necesaria para la existencia de todos los demás derechos.

⁶⁴ MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 125 y ss.

⁶⁵ No obstante, eso no significa que todos los derechos sean equivalentes. Existen los llamados “instrumentales”, sin los cuales no se pueden ejercer otros principales, como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o la autodeterminación informativa, que se supeditan a la intimidad; pero sí es común a todos ellos que, en circunstancias normales, son ilimitables por el poder, ya que son esenciales, primordiales, básicos, e imprescindibles para el desarrollo de la persona en sociedad.

⁶⁶ Por ejemplo, cuando se produce el conflicto (frecuente) entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, el Tribunal Constitución debe “ponderar” la relevancia del contenido de la información y el carácter más o menos público del sujeto; en función de cuál tenga más peso, prevalecerá uno u otro; pero siempre teniendo en cuenta que hay un contenido esencial de la intimidad que jamás puede ser desvelado y un derecho público general a la información sobre cuestiones relevantes que afectan a la sociedad que tampoco puede ser limitado.

B) Universalidad

Como nota característica de los derechos fundamentales hace referencia, primordialmente, a la “titularidad (universal) de tales derechos”: todos los sujetos son igualmente titulares de todos los derechos humanos⁶⁷. La vocación de universalidad es un rasgo esencial e inherente a la idea de derechos humanos desde sus orígenes. Es esta vocación de universalidad la que les otorga su particular significación como instrumento de progreso, de liberación, de emancipación humana, y también de defensa, protección y tutela de los seres humanos más débiles. Resulta difícil, en efecto, concebir la idea de derechos humanos prescindiendo de su carácter universal⁶⁸.

Como destaca L. FERRAJOLI⁶⁹ la universalidad de los derechos fundamentales se refleja en el “hecho de que corresponden a todos y en la misma medida”, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos como los patrimoniales de los cuales el sujeto puede ser o no titular y de los que el titular lo es con exclusión de los demás. Precisamente ésta es una característica que distingue a los derechos fundamentales de las situaciones jurídicas.

⁶⁷ Sobre la nota de universalidad, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, cap. I, pp. 25 y ss. y bibliografía allí citada.

⁶⁸ En la actualidad, sin embargo, existe una preocupante tendencia a problematizar y cuestionar esta nota esencial, fundamentalmente desde dos perspectivas: la realidad pluricultural del planeta (junto al pretendido etnocentrismo de occidente) y la falta de una garantía o cobertura universal para los derechos. Este cuestionamiento se apoya, al menos en parte, en la confusión de dos planos distintos: el de la universalidad como nota del concepto de derechos humanos y el de la universalidad como una cuestión de hecho. El segundo de los aspectos no admite discusión posible: es obvio que los derechos humanos no se encuentran hoy garantizados a nivel planetario (universal), ni tampoco han sido adecuadamente reconocidos y garantizados en todos los periodos históricos. Ahora bien, una cosa es constatar esta cuestión de hecho y otra cosa distinta es deducir de ella que la universalidad ya no es válida como característica nota del concepto de derechos humanos. Aun cuando los derechos fueron, en su origen, un simple texto redactado en un papel y sin eficacia real, no dejaron por ello de nacer desde la universalidad y para la universalidad. En consecuencia, frente a esta objeción, podemos afirmar: Desde el punto de vista teórico, la noción de derechos humanos despojada del rasgo de la universalidad se desvirtúa, pierde su sentido y significado propios, su poder emancipador y protector. Desde el punto de vista práctico, de la protección y garantías de los derechos, la renuncia a la universalidad en el terreno de los principios significaría aceptar de facto que hay seres humanos que carecen de derechos como realidad inevitable. Desde el punto de vista de los sujetos, excluir la universalidad opera siempre en detrimento de los más débiles, de los peor situados, que son los que más necesitan la protección y la legitimación para reivindicar los derechos de los que carecen y cuyo argumento básico es, precisamente la convicción de que son universales.

⁶⁹ FERRAJOLI, L.: “El derecho como sistema de garantías”, “Jueces para la democracia”, nº 2-3, 1992, pp. 61-69, en concreto, p. 65.

A pesar de todo, como ha subrayado E. FERNÁNDEZ, conviene evitar un planteamiento simplista de la universalidad⁷⁰. Es necesario realizar una interpretación concreta (no abstracta) de esta nota. ¿Qué significa esto? Pues que la universalidad no debe entenderse en el sentido de que todos los derechos (los troncales y los particulares y específicos), correspondan a todos los seres humanos, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, porque esto no es así en todos los casos. La universalidad como nota del concepto de derechos humanos es algo abstracto, pero no es algo simplemente genérico: “todos para todos y sin distinción”. Entenderlo así contribuye a devaluarlos y a dificultar su efectiva realización por parte de sus titulares. Hay que distinguir y concretar.

Los derechos fundamentales, que podemos denominar “troncales o básicos”, sí gozan de esa universalidad abstracta. El bien jurídicamente protegido por los derechos es el propio ser del ser humano, esto es, la corporeidad (vida y salud) y la libertad (la espiritualidad, la conciencia). Así pues, la defensa de todo ser humano y de su dignidad, sea cual sea su condición cultural, geográfica o política, exige que le sean protegidos los bienes de la vida, la salud y la libertad. Esos son, pues, los derechos básicos (troncales): a la vida, a la salud, a la integridad física y mental y a las libertades personales.

Pero hay otra serie de derechos cuya peculiaridad y especificidad opera en función de las diversas situaciones vitales (p. ej., hallarse en las primeras etapas de la vida, esto es ser un niño; o ser minusválido; o ser refugiado, o inmigrante; o simplemente estar detenido). En estos casos, la situación vital singulariza la universalidad, la convierte en un factor de concreción y no de abstracción. Igual sucede con aquellos derechos que operan en función de los diversos roles sociales e institucionales del individuo (p. ej., en cuanto trabajador, o en cuanto madre o padre, o en cuanto jubilado) o aquellos derechos que se especifican en función de la pertenencia a una determinada cultura o religión, o por tener una lengua. La Constitución boliviana ha especificado este tipo de derechos en

⁷⁰ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad*, cit., p. 27 ss.

cuanto a su formulación y ha restringido su titularidad, sin por ello comprometer su carácter universal.

Los derechos de los detenidos, por ejemplo, no los tienen propiamente quienes están libres. La mayor parte de los derechos sociales (aunque no todos), son propiamente derechos de los trabajadores que no afectan a quienes no lo son. La libertad de educar a los hijos o de elegir centro de enseñanza es un derecho de las/los madres/padres. Si incurrimos en una interpretación simplista de la universalidad, estaríamos ofreciendo un argumento para negarle a este tipo de derechos (sociales) el carácter de derechos fundamentales, puesto que su titularidad no alcanzaría a todos los seres humanos, sino sólo de los trabajadores, a los presos, a los progenitores, a los minusválidos...

La universalidad debe entenderse, pues, en el sentido de que los derechos “pertenecen a cualquier ser humano”, sin excepción alguna, y en tanto en cuanto se encuentre en la situación vital específica que le concede su titularidad (esto es, mientras sea niño, en cuanto sea minusválido, trabajador, madre o padre, esté detenido...); y en tanto en cuanto reúna las condiciones exigibles para su ejercicio (esto es, en cuanto tenga edad núbil para casarse, o la mayoría de edad para ejercer el sufragio...)⁷¹.

En definitiva, la universalidad de los derechos humanos es, ante todo, una “universalidad de los sujetos, no de los preceptos”⁷². Se trata de reconocer a todo ser humano el derecho a tener derechos; esto es, la condición de sujeto de derechos (lo que el Derecho privado entiende como personalidad jurídica). Pero la concreción de sus derechos vendrá determinada por su situación vital específica, por su posición social institucional, por su peculiaridad cultural, religiosa o lingüística, etc.

Por otra parte, una visión no simplista de la universalidad significa también que la tutela de los derechos básicos debe interpretarse no de un modo restrictivo, sino con toda

⁷¹En esta línea RODRÍGUEZ-TOUBES, J.: *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, pp.68-69.

⁷²VIOLA, F.: *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 187.

la plenitud de sus implicaciones. Es decir, la defensa los bienes esenciales (vida e integridad física, salud y libertades personales) debe especificarse a través de una pluralidad de derechos que remiten a diversas generaciones (segunda y tercera).

Así pues, el *derecho a la vida* del artículo 15 de la Constitución boliviana incluiría:

a) derecho a la vida, en sentido estricto, como derecho de primera generación (derecho a no ser objeto de atentados directos contra la vida);

b) derechos de supervivencia humana (derecho a la alimentación, al agua no contaminada, etc.), reconocidos en los artículos 16-20 de la Constitución que ponen de relieve la necesidad de proteger la vida frente a los atentados indirectos contra ella por parte del hambre, la sed, y las situaciones de miseria absoluta en las que se carece del mínimo necesario para la subsistencia.

El *derecho a la salud y a la integridad física y mental* se concretaría a través de:

a) derecho a la integridad física y moral, como derecho de primera generación (art. 15 de la Constitución);

b) un amplio grupo de derechos de segunda generación, relativos a la satisfacción de las necesidades materiales básicas (alimentación, vestido, vivienda etc.), reconocidos en los artículos 16-20;

c) derecho a la protección de la salud propiamente dicho, en toda su complejidad: desde las medidas preventivas, hasta el derecho a la asistencia sanitaria y al tratamiento médico adecuado en caso de enfermedad; el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo etc. (artículos 35-45).

Las *libertades personales* se concretarían en los siguientes:

a) toda una serie de libertades específicas de la primera generación reconocidas en el artículo 21 (religión, conciencia, intimidad, honor, domicilio, etc.) que han ido tomando forma a lo largo de la historia de los derechos humanos y que, en la actualidad, se encuentran recogidas en términos semejantes en los diversos textos internos e internacionales.

b) la satisfacción de las necesidades materiales básicas, a través de los derechos antes indicados, así como la efectividad de los derechos a la educación y a la cultura, como presupuesto indispensable para que las libertades formales sean libertades reales, efectivamente disfrutadas por sus titulares (cuando se carece de los recursos necesarios y falta el acceso a la educación y a la cultura las libertades resultan prácticamente inexistentes: el analfabetismo impide la libertad de expresión y de opinión; la falta de vivienda impide la intimidad, el derecho de sufragio por no estar censado, etc.).

Como puede verse, cada uno de los derechos humanos básicos se diversifica en una serie de derechos tanto de primera, como de segunda generación. Esto pone de relieve hasta qué punto ambas categorías de derechos responden a una aspiración unitaria: la salvaguarda de la vida, la salud y la libertad en las que se manifiesta la dignidad humana.

Para PRIETO⁷³ la concepción de los derechos fundamentales como universales, en relación al sujeto pasivo, supondría una obligación general de todas las personas (en cualquier momento y lugar) de colaborar para hacerlos realidad. Esto implicaría una especie de solidaridad universal⁷⁴ para crear un marco favorable a la eficacia de tales derechos que implicaría obligaciones generales y especiales:

a) Generales. Principalmente negativas, que se reflejarían en una abstención de

⁷³ PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre los derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 82-83.

⁷⁴ Respecto a la relación entre derechos y solidaridad así como las cuestiones que se suscitan en el Estado social y democrático de derecho en relación a los derechos de solidaridad resultan sumamente interesantes las aportaciones que al respecto hace VIDAL GIL, E. J.: "Los derechos de los colectivos vulnerables", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, nº 11/12, 1995, pp. 122-133.

lesionar los bienes constitutivos de los derechos y sólo positivas en la medida que pudieran llevarse a cabo por un individuo concreto.

b) Especiales. Tanto negativas como positivas puesto que estarían encaminadas a determinar la actuación de las distintas instituciones bien absteniéndose de realizar determinadas conductas, por ejemplo de discriminación, bien potenciando actuaciones encaminadas a la garantía de tales derechos.

En cualquier caso la difícil concreción en el nivel jurídico de esta solidaridad universal hace que, de momento, los distintos textos positivos (aunque el texto boliviano contempla alusiones a este tipo de solidaridad), se centren en atribuir deberes concretos a los poderes públicos, sin arriesgarse a establecer un deber común y general de todos los individuos e instituciones. La solidaridad universal sigue siendo todavía una meta a la que tender⁷⁵.

C) Indivisibilidad e interdependencia

La indivisibilidad no está entre las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos: tiene un origen más reciente. Surgió en el ámbito de Naciones Unidas, y ha sido constantemente invocada en sus textos, aunque sin precisar demasiado su significado y alcance. Podría decirse que es la posición oficial de la ONU desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La reflexión teórica sobre la noción de indivisibilidad ha sido llevada a cabo, de manera destacada, por MEYER-BISCH⁷⁶, que trata de responder a dos cuestiones fundamentales. Por un lado, una cuestión relativa al “fundamento”: ¿por qué son indivisibles los derechos humanos, si es que lo son? La respuesta parece clara: el

⁷⁵ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 911.

⁷⁶ MEYER- BISCH, P. : *Le corps des droits de l'homme*, Éditions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1992.

fundamento de la indivisibilidad de los derechos humanos es antropológico. Se encontraría en la propia indivisibilidad de la dignidad humana (que es el fundamento de los derechos) y del ser humano concreto (sujeto de los mismos).

Por otro lado, hay una cuestión relativa al “alcance y significado” de la noción: ¿qué queremos expresar cuando decimos que los derechos humanos son indivisibles? En este sentido, el principio de la indivisibilidad de los derechos supondría subrayar simultáneamente dos ideas:

a) Su enorme y creciente “complejidad”, pluralidad y diversidad: los derechos humanos básicos (a la vida, a la salud y a la integridad física y mental y a las libertades personales) se diversifican en una pluralidad de derechos más concretos y específicos, como ya hemos visto.

b) Su profunda “unidad”, su sentido unitario. Toda esa multiplicidad de derechos, (las tres generaciones), responden a una misma aspiración ética: la defensa de la dignidad humana.

Las implicaciones teóricas y prácticas de estas dos ideas serían las siguientes:

1º) La idea de la indivisibilidad de los derechos humanos subraya la “interdependencia y la complementariedad” de los diferentes derechos humanos. No cabe establecer una separación radical entre las diversas categorías de derechos. El ser humano los necesita todos. Todos son indispensables para la realización del ser humano en su entorno social. Esto supone la indivisibilidad entre los distintos grupos o “generaciones” de derechos, en el sentido de que las relaciones entre ellas serían de interdependencia y complementariedad recíproca, sin que su existencia histórica sucesiva implique una jerarquía entre ellas; en particular, en lo que respecta a la relación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales. Tampoco es posible establecer una jerarquía entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, ni en beneficio de los primeros, ni en beneficio de los segundos. Estaríamos ante “dos

prioridades distintas y paralelas”. Una categoría de derechos mostraría “el camino económico y cuantitativo que hay que seguir”; la otra indicaría “el principio político necesario para progresar”⁷⁷.

2º) Los derechos humanos sólo “conjuntamente” pueden realizarse de forma adecuada. Se hallarían en una situación de vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos y viceversa. Por eso no cabe “racionarlos”⁷⁸. La indivisibilidad no es un objetivo reservado a las naciones desarrolladas de occidente; es una exigencia inmediata, condición necesaria para la realización de cualquier derecho “troncal básico”, como los derechos a la protección contra el hambre, la tortura y la incultura. Se trata de reconocer la complejidad que entraña la satisfacción de estos derechos tan prioritarios. Hay que tener en cuenta que la efectiva realización de tales derechos exige estrategias globales dirigidas no a satisfacer un derecho aisladamente, sino el conjunto de los derechos. Tomemos el caso, por ejemplo, de la lucha contra la pobreza. Para ello, el desarrollo aparece como condición necesaria. Pero la satisfacción del derecho al desarrollo es compleja y está conectada con otros muchos derechos. Por lo demás, la indivisibilidad se manifiesta tanto en sentido positivo (los derechos humanos sólo pueden realizarse de forma adecuada conjuntamente), como en sentido negativo (indivisibilidad de las violaciones de los derechos humanos: cuando se viola uno de ellos, los demás pierden todo su sentido).

3º) La indivisibilidad aparece también como un “criterio regulador de los posibles conflictos entre derechos”. Excluida la jerarquía entre los derechos se trataría de “determinar” cada derecho, de modo que resulte coherente con el conjunto de los derechos fundamentales reconocidos, que no suponga violación del contenido esencial de otro u otros derechos. Por ejemplo, manifestar opiniones racistas no entraría nunca dentro del ámbito de libertad de expresión, siempre y cuando la libertad de opinión se

⁷⁷ MEYER- BISCH, P.: *Le corps*, cit., pp. 15-16.

⁷⁸ *IBID.*, pp. 17-18.

conciba como una parte del conjunto indivisible de los derechos humanos⁷⁹.

D) Progresividad e inalienabilidad

Hemos aunado estas dos notas en un mismo apartado porque ambas reúnen una cualidad singular en el texto constitucional boliviano. La primera es una nota presente en la enumeración del artículo 13.I, pero nunca considerada por la doctrina entre las características de los derechos fundamentales; la segunda, ausente del texto constitucional, pero siempre considerada (aunque controvertida) entre las notas claves de los derechos fundamentales. Veamos cómo se plantean ambas en este contexto.

Progresividad

No resulta fácil establecer una noción de progresividad como nota esencial de los derechos fundamentales en el ámbito boliviano. De facto, nunca ha sido considerada esta idea dentro de las notas clásicas que los han caracterizado. De ahí que con ello, el texto constitucional lo que pretende, en nuestra opinión, es subrayar la concepción de los derechos fundamentales del Estado social, a la que hemos aludido anteriormente, realizando una explícita declaración de intenciones en su pretensión de superar la libertad meramente formal y garantizar una libertad auténticamente real. Pero tal pretensión, no se limitaría (tal y como se considera en la teoría liberal clásica) a los derechos de la primera generación (civiles y políticos); sino también a los derechos sociales y de tercera generación (medio ambiente, etc.)

En efecto, con esta nota característica, los derechos fundamentales dejarían de tener un mero carácter limitador del Estado y se convertirían de facto en *cauce* de pretensiones positivas frente al Estado. En otras palabras, adquirirían una doble configuración: por una parte, exigirían del Estado una actividad positiva para su

⁷⁹ IBID., pp. 276-279.

realización y, por otra, abrirían la posibilidad de participación de los ciudadanos en las instituciones estatales para realizar tales derechos. Así se deduce de la particular configuración sistemática de los derechos realizada por la constitución boliviana y de las específicas declaraciones contenidas en su formulación (a ese respecto se han previsto en el sistema de garantías constitucionales, la “acción de inconstitucionalidad”, la “acción de cumplimiento” y la “acción popular”, que materializan la participación del ciudadano en la garantía de los derechos. Véanse artículos 132 a 140 de la Constitución de Bolivia).

Inalienabilidad

Se trata de una nota clásica, aunque doctrinalmente controvertida⁸⁰. Se traduce en la irrenunciabilidad del derecho, incluso por parte de los propios titulares. Sin entrar en la discusión doctrinal acerca de esta nota, por entender que queda fuera de este estudio, apuntaremos únicamente que, en cuanto a los derechos fundamentales como derechos positivizados, pueden distinguirse dos posturas:

a) la de aquellos que los consideran inalienables en el sentido que acabamos de apuntar (irrenunciables incluso por el propio titular). Entre ellos, J. BALLESTEROS entiende que prevalecen “frente a la voluntad individual del sujeto de los mismos”⁸¹ o A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE que los define como “aquellos sobre los cuáles el titular no puede llevar a cabo actos de disposición”⁸². También L. FERRAJOLI⁸³ los concibe como indisponibles e inalienables tanto para la decisión pública y para el mercado, como para el titular. Así pues, los configura como límites de la democracia política que en su actuación debe sujetarse a ellos.

⁸⁰ Véase a este respecto TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: “La inalienabilidad de los derechos”, en *Manual de Derechos Humanos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, pp. 89-106.

⁸¹ BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 146.

⁸² MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L.: “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en AA.VV.: *Derechos Humanos* (coordinador J. Ballesteros), Tecnos, Madrid, 1992, pp. 86-99, y MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L.: *La garantía*, cit.

⁸³ FERRAJOLI, L.: “El derecho como sistema”, cit., p. 65.

b) la de quienes entienden que la titularidad del derecho podría cuestionarse si no existiese la posibilidad de renunciar a él. En este sentido E. VIDAL señala “me parece contradictorio... afirmar en el plano jurídico la titularidad y negar su plena disponibilidad, siendo conceptos correlativos. Los actos que se realizan en el ejercicio pleno de un derecho, y como tal la renuncia, son actos libres cuando su titular es el *dominus* del derecho”⁸⁴. En la misma línea RUIZ MIGUEL mantiene la posibilidad de renuncia en nuestro ordenamiento que sólo aparece limitada en perjuicio de tercero⁸⁵.

Por nuestra parte, consideramos que la conexión establecida en el texto constitucional, como vimos, entre la dignidad y los derechos fundamentales, supone implícitamente la aceptación de la inalienabilidad como nota, y en consecuencia, la necesidad de defender los derechos tanto frente al Estado (también frente al mercado), como frente a la propia voluntad del sujeto titular de los mismos⁸⁶. Es decir, que “el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos”; “está inmunizado normativamente frente a sí mismo”⁸⁷.

Es importante no confundir inalienabilidad e inviolabilidad. La inviolabilidad es un límite que se impone a la conducta de terceros (distintos del titular del derecho) para no vulnerar los derechos de los demás. La inalienabilidad es un límite impuesto al propio titular del derecho, que viene obligado a respetar sus propios derechos. La trascendencia jurídica de la inalienabilidad estriba, precisamente, en que el acto de disposición del titular sería “nulo de pleno derecho” y por tanto nunca produciría los efectos jurídicos deseados (uno jamás podría vender su propia libertad y firmar un contrato de esclavitud, como tampoco podría vender un ojo o un riñón).

⁸⁴Véase VIDAL GIL, E.J.: “Los Derechos Humanos como derechos subjetivos”, en AA.VV.: *Derechos Humanos* (coordinador J. Ballesteros), Tecnos, Madrid, 1992, pp. 22-41, y “Justificación de la democracia y límites a la decisión por mayorías”, “Doxa”, nº 15-16, Volumen I, 1994, pp. 227-241.

⁸⁵ Véase RUIZ MIGUEL, A.: “Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico jurídico)”, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, nº 14, 1993, pp. 135-165.

⁸⁶ BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad*, cit., pp. 146 y ss.

⁸⁷ LAPORTA SAN MIGUEL, F.J.: “Sobre el concepto de derechos humanos”, en “Doxa” 4 (1987), pp. 32 ss.

¿Por qué? Porque la dignidad del ser humano no es opcional, es algo que le viene dado inexorablemente: ningún ser humano puede renunciar a ese atributo porque forma parte esencial de la condición humana (racionalidad y libertad). Del mismo modo que no es opcional ser o no ser persona humana, tampoco es opcional tener o no tener dignidad. Se trata de una cualidad que uno no se confiere a sí mismo, sino que está intrínsecamente ligada a la naturaleza humana⁸⁸.

En definitiva, “la dignidad del hombre es inalienable”: nadie puede renunciar ni desprenderse de ella, porque nadie puede pretender no manifestarse o no ser tratado de acuerdo a su condición de ser humano. En consecuencia, tampoco nadie puede renunciar o desprenderse de los derechos humanos, que se fundan en la dignidad humana, porque su función es precisamente la de garantizar que todo sujeto humano se manifieste y sea tratado siempre de acuerdo a su dignidad de tal; de ahí que los derechos humanos sean inalienables y que la inalienabilidad sea una nota esencial que define a los derechos humanos. Nadie puede desprenderse de los derechos humanos (renunciar a ellos o enajenarlos), porque son la manifestación jurídica de la dignidad humana⁸⁹.

De aquí la necesidad de distinguir entre la “titularidad” de los derechos y su “ejercicio” efectivo. No es lo mismo renunciar a un derecho que renunciar a su ejercicio. Cuando hablamos de inalienabilidad estamos haciendo referencia a la titularidad de los derechos; es decir, a su atribución a todo ser humano como exigencia ineludible e irrenunciable de su dignidad, pero eso no significa que deban ser obligatoriamente ejercidos siempre y en todo caso; en efecto, el titular de un derecho puede optar en un determinado momento por no ejercerlo, o por sacrificarlo altruistamente. La

⁸⁸ BALLESTEROS LLOMPART, J.: “Derechos humanos: ontología versus reduccionismos”, “Persona y Derecho”, 1982, volumen 9º, pp. 242-243; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 104 ss.; SPAEMANN, R.: *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, prólogo de R. ALVIRA (trad. de D. INNERARITY), Rialp, Madrid, 1989, pp. 89-123. En el campo de los textos positivos, véase el artículo 10.1 de la Constitución española (“La dignidad del hombre los derechos inviolables que le son inherentes...”) o el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”).

⁸⁹ Véase TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: “Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?”, en AA.VV.: *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI* (J.J. Megías coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 96 ss.

inalienabilidad, pues, no obliga al titular de un derecho a ejercerlo, pero sí le protege frente a la imposibilidad de ejercerlo o la obligación impuesta de sacrificarlo. Es decir, cabe renunciar voluntariamente y en un caso concreto al ejercicio de un derecho, pero no cabe obligarse, o ser obligado, por principio a renunciar a un bien objeto de un derecho, porque eso supondría renunciar de facto a su titularidad y, como vimos, las exigencias de la dignidad humana lo impiden.

El contenido de los derechos incluye, pues, la facultad de ser ejercidos o no según la voluntad de su titular: la libertad de expresión incluye la opción de permanecer en silencio; el derecho al voto incluye la posibilidad de abstenerse; la libertad religiosa incluye la opción de no practicar ninguna; el derecho a la intimidad incluye la posibilidad de publicar mi correspondencia privada. Pero la voluntaria y puntual “renuncia a ejercerlos es radicalmente distinta de la renuncia a la titularidad del derecho”, en cuyo caso el sujeto podría ser obligado a callar cuando desea hablar, podría ser obligado a abstenerse cuando desea votar, a no frecuentar un templo cuando desea rezar, o a publicar sus cartas personales contra su voluntad.

Ahora bien, la posible renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho está sometida a una condición imperativa, consustancial a la propia noción de inalienabilidad: la “reversibilidad”, es decir, la posibilidad de un futuro ejercicio del derecho. La reversibilidad en el ejercicio de un derecho se plantea de manera particular en aquellos en los que titularidad y ejercicio se encuentran tan intrínsecamente unidos que no es posible establecer diferencias entre uno y otro. El caso paradigmático es el derecho a la vida: no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a su titularidad; dejar de vivir es dejar de ser titular del derecho y ser titular del derecho supone necesariamente continuar viviendo (ejercicio del derecho). Existen, pues, situaciones en que el sacrificio de un derecho o la abstención de ejercerlo por parte de su titular resulta irreversible, es decir, hipoteca el derecho también para el futuro (es por ejemplo el caso de la eutanasia voluntaria); pero si la inalienabilidad consiste básicamente en que al titular no le está permitido perder el derecho, es decir, hipotecar su futura titularidad (renunciar a él), resulta evidente que no podrá realizar ningún tipo de actos materiales de

sacrificio o no-ejercicio que, en la práctica, equivalgan a la pérdida del derecho. Algo parecido podría decirse de un ejercicio “extremo” del derecho que lo convirtiera en igualmente irreversible, como podría suceder, por ejemplo, si alguien pretendiera ejercer su derecho a la libertad hasta el punto de decidir venderse como esclavo, es decir, perdiendo la titularidad de su derecho a la libertad. También puede aplicarse esta reflexión a la realización de actividades de riesgo extremo para la vida sin tener la cualificación profesional correspondiente (toreros, bomberos, etc.).

9.2. Función subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales

Entendemos que en la Constitución boliviana los derechos fundamentales cumplen una doble función subjetiva y objetiva⁹⁰.

9.2.1. Función objetiva

La función subjetiva se ejerce básicamente a través de tres dimensiones:

a) Dimensión participativa

Se encarga de hacer posible que los individuos intervengan en la formación de la voluntad de los poderes públicos. Supone que la comunidad propugna la defensa de una serie de valores, considerados dignos de protección, que deben ser recogidos por el ordenamiento jurídico para asegurar que se están garantizando los principios básicos, de modo que esos valores a la vez que fundamentan la moralidad de la comunidad sirven de límite para la actuación del poder. De esta forma el poder no es externo a los ciudadanos sino que teniendo en cuenta sus valores morales, los acepta y los transforma en políticos mediante su incorporación al ordenamiento jurídico, así, estos valores cumplirán la doble función de inspirar las normas y limitar, a su vez, la actuación de dicho poder. Con esta dimensión nos aseguramos de que cada individuo puede intervenir en la formación

⁹⁰ PECES-BARBA, G.: *Curso*, cit., pp. 423 y ss.

del consenso mayoritario que daba origen al contenido de estos derechos, participa en la decisión política.

b) Dimensión promocional

Partiendo del hecho de que la finalidad de los derechos es hacer posible el ejercicio de la moralidad privada debe tenerse en cuenta que, en determinados casos, el mismo resulta problemático, es por ello que surge la necesidad de llevar a cabo una función de promoción de los derechos. Ante la existencia de supuestos en los que algunas personas no pueden desarrollar su moralidad privada, aparece la intervención de grupos públicos y privados que potencian las condiciones necesarias para superar los obstáculos existentes. No se trata de problemas que deban ser resueltos de forma individual, sino que existen unos deberes generales, como correlativo de los derechos, que obligan al establecimiento de las circunstancias propicias para resolverlos. Se consigue así una aplicación práctica de valores superiores como la igualdad o la solidaridad para constatar que la sociedad debe recoger no sólo las condiciones de abstención y participación sino también las de promoción.

c) Dimensión garantista

Asegura que los titulares no tendrán que soportar comportamientos invasores no deseados en el ámbito de sus derechos, es decir, los protege. De esta forma potencia los comportamientos que se consideran necesarios y deseables y trata de evitar los perjudiciales. De ello nos ocuparemos detenidamente al analizar la importancia de un sistema garantista. Estas tres dimensiones forman una única función, de forma que no pueden interpretarse como compartimentos estancos sino que más bien son interdependientes puesto que persiguen un objetivo común: asegurar la libre elección de la moralidad privada de cada uno y potenciarla con los derechos.

El mencionado autor⁹¹ señala una cuarta dimensión dentro de la función subjetiva,

la del disenso, que a diferencia de las otras tres no se basa en el consenso mayoritario sino que precisamente se enfrenta a él para obtener la misma finalidad que las otras. Trata de proteger conductas que se apartan de las de la mayoría pero tienen como base razones morales significativas que desde el punto de vista jurídico se consideran relevantes.

De acuerdo con esta función los derechos fundamentales pueden ser vistos como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades que corresponden a cada individuo.

9.2.2. Función objetiva

La función objetiva considera a los derechos fundamentales “como valores que deben inspirar el conjunto del ordenamiento jurídico”, es decir, como norma de identificación de normas. Los derechos fundamentales suponen, por tanto, el punto de partida para el desarrollo legislativo ulterior desde el legislador ordinario hasta el Tribunal Constitucional:

a) El legislador ordinario

Ejerciendo la soberanía opta por una de las distintas fórmulas existentes para la regulación normativa de estos derechos, se plasman así en la Constitución de cada Estado y a partir de ellos las sucesivas leyes estarán limitadas.

b) El juez ordinario

Utiliza los derechos fundamentales como criterios de integración, basándose en la norma suprema del ordenamiento que los contempla, lleva a cabo así una argumentación jurídica.

⁹¹ PECES-BARBA, G.: *Curso*, cit., p. 425.

c) El Tribunal Constitucional

Es el que dirime en última instancia como debe de interpretarse la norma suprema en lo relativo a estos derechos esenciales. En este sentido sus decisiones acerca de los derechos fundamentales pueden otorgarles interpretaciones distintas según las necesidades del momento histórico. El principal inconveniente en este punto se encuentra en que el Tribunal no se exceda en su actuación y ataque la soberanía que corresponde al poder legislativo, interpretando los derechos con un espíritu distinto al que en realidad tenía el legislador. Lo único que al Tribunal corresponde es la interpretación de aquellos términos confusos que conduzca a una interpretación adecuada del derecho sin entrar a hacer valoraciones que quedan dentro de la opción política.

Son utilizados como un modelo para la interpretación adecuada del Derecho, para la creación del mismo y para el establecimiento de límites en la actuación estatal e individual.

10. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA BOLIVIANO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La doctrina del derecho público y los datos que suministra la Constitución boliviana permiten considerar un derecho como fundamental, de acuerdo con los siguientes elementos constitutivos:

1º) La eficacia directa y el sometimiento a ellos de todos los poderes públicos (artículo 109). Ello se desprende de esa especial protección de que gozan y de que los artículos que reconocen tales derechos y libertades tienen el carácter de normas jurídicas

no necesitadas de desarrollo legislativo posterior, es decir, que son alegables teóricamente ante los Tribunales de Justicia sin que sea precisa otra disposición que los interprete o desenvuelva⁹². Los poderes públicos están limitados, sujetos y subordinados a la Constitución y deben respetar el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Su sumisión es positiva, en cuanto les incumbe fomentarlos, promoverlos y protegerlos y también negativa, ya que no pueden afectarlos, perturbarlos o ingerirse en ellos (artículo 13.I). Sólo al legislador corresponde, mediante ley, desarrollarlos y delimitarlos respetando su contenido esencial (artículo 109).

El poder ejecutivo es el sujeto pasivo natural de los derechos fundamentales. Los hace cumplir, los fomenta, efectúa sus funciones prestacionales y debe justificar y motivar los límites que impone a su ejercicio. La discrecionalidad de la actuación gubernamental y administrativa debe obedecer a tales derechos, sin que quepan inmunidades o privilegios frente a ellos. El control de la Administración se realiza por el Tribunal Constitucional y por los propios titulares, a través de específicas garantías: la “acción de inconstitucionalidad”, la “acción de cumplimiento” y la “acción popular”, que materializan la participación del ciudadano en la garantía de los derechos (artículos 132-140).

Los jueces y tribunales ordinarios son también garantes de los derechos fundamentales. En sus resoluciones los deben reconocer, declarar, preservar y restablecer, interpretando la ley conforme a la Constitución. Si creen que la ley aplicable al caso es contraria a los derechos fundamentales podrán plantear la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El control de la sumisión de los particulares se realiza a través de la jurisdicción ordinaria y por el recurso de amparo constitucional, mediante la ficción procesal de entender que si juez no declara el derecho alegado, se convierte en su directo quebrantador y por ello, en recurrido.

⁹² Artículo 109. I.: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

2º) El de su necesaria regulación por ley (artículo 109.II)⁹³ y gozar de un contenido esencial e indisponible para el legislador, integrado por un núcleo de valores expresados en la Constitución y unas garantías⁹⁴.

3º) La ya referida doble naturaleza: son derechos subjetivos de los individuos, (ciudadanos o no), constitucionalizados y vinculados con la dignidad humana, que garantizan un estatus jurídico o una libertad en el ámbito de su existencia; y a su vez, son elementos objetivos esenciales del Ordenamiento jurídico de la comunidad nacional, plasmada en el Estado social y plurinacional de Derecho⁹⁵.

Hoy día se califica al Estado como democrático cuando garantiza efectivamente el ejercicio de los derechos y es capaz de crear las condiciones necesarias para que estos

⁹³ Siguiendo a GAVARA DE CARA, J.: *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, pp. 179 ss., podemos decir que existen normas determinadoras de Derechos Fundamentales (autorizan directamente al legislador para configurar su ámbito de protección, o indirectamente, en el caso de que ellas mismas establezcan los límites al ejercicio del derecho) y restrictivas de aquéllos (suponen que dicho ámbito ya se encuentra previamente determinado y sólo le permiten imponer una barrera, una clarificación, una prevención frente a abusos, o una solución a problemas de concurrencia). Remarca la doble misión del legislador: configurar o desarrollar el contenido esencial de los derechos para así hacer posible su plena realización, porque la Constitución es una norma abierta y dinámica, y la de explicitar los límites inmanentes a los derechos fundamentales, que son producto de la ponderación de éstos con otros bienes de igual o superior relevancia constitucional, conformando así otra parte del contenido esencial de dichos derechos.

⁹⁴ Véanse MEDINA GUERRERO, M.: *La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*, MC Graw-Hill, Madrid, 1996; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 95 a 118. Aseguran que la definición abstracta del derecho deja un espacio abierto al legislador, a partir del cual él ejerce la habilitación que la Constitución le confiere para regular su ejercicio. Pero también hay una parte delimitada dentro del contenido del derecho que no puede ser restringida, pues es su mínimo indispensable, sin la cual desaparecería. Ese mínimo comporta una restricción para el legislador (al respecto véase CARBONELL SÁNCHEZ, M.: “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, “Ius et praxis”, Año 10, Vol. 1, Talca, 2004).

⁹⁵ MIGUEL MACHO, en la “Revista de Estudios Políticos”, CEPC, Madrid, núm. 127, enero-marzo, 2005, publica una recensión a la Tesis de HABERLE, diciendo que existe una dimensión institucional de los derechos fundamentales, junto a su carácter de derechos individuales. Aquella garantiza que el legislador no pondrá en peligro su contenido esencial y les impone unos límites evitando el uso abusivo de los mismos y su ejercicio antisocial. Este protege frente a medidas limitadoras de carácter masivo que impidan su ejercicio a la mayoría de los ciudadanos, provocando así que de regla en la vida social pasen a ser excepciones. Como derechos inviolables e irrenunciables, delimitan una esfera de libertad personal del ciudadano y expresan lo que en cada momento se considera que debe entenderse por dignidad del ser humano. Como elementos objetivos constitutivos del Estado consagran a éste como democrático, como la expresión política de individuos dignos, que cuentan con posibilidades reales de ser libres y desarrollarse. Comprometen al Estado a encaminar su acción hacia el mejoramiento de las condiciones económicas, sociales, culturales y educativas de los individuos y de los colectivos en los que se integran.

puedan ser realizados por todos de manera real y efectiva⁹⁶.

11. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La interpretación consiste en asignar significado y sentido a las expresiones dudosas del lenguaje jurídico, que es de suyo vago y ambiguo, para poder después aplicarlas. En materia de derechos fundamentales, la labor consistirá en penetrar en el fondo de cada uno de ellos, teniendo siempre presente su contenido esencial.

Nos enfrentamos, pues, a una serie de particularidades externas, que surgen de su relevancia social e individual, lo que exige favorecer su contenido, y de singularidades internas, porque los derechos son normas básicas materiales que dan validez e informan a otras normas. En ese sentido se habla de interpretación “de” la Constitución e interpretación “desde” la Constitución. No podemos detenernos en este aspecto⁹⁷.

Junto con los criterios generales de interpretación⁹⁸, existen en el campo de los

⁹⁶ Hace notar CRUZ VILLALÓN, P.: Voz “Derechos Fundamentales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 2398, que los derechos fundamentales son el reflejo, en el interior de la Constitución, de los derechos de la persona, es decir, de esa pluralidad de manifestaciones concretas de la libertad y dignidad humanas, así como elementos objetivos incorporados al sistema representativo y luego democrático de gobierno y, al mismo tiempo, expresión de la sociedad constituida y de la dualidad sociedad-Estado.

⁹⁷ Sobre la interpretación constitucional véase TALAVERA, P.: *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, El País, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia 2008. El capítulo primero desarrolla ampliamente este interesante aspecto.

⁹⁸ Véase TALAVERA, P.: *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit. En el capítulo 3 de esta obra se analizan los criterios clásicos de interpretación establecidos por SAVIGNY. F.K.: *Metodología jurídica*, Dapalma, Buenos Aires, 1994, pp. 23 ss.: 1º) El criterio “gramatical”: la interpretación se hace atendiendo al sentido propio de las palabras. 2º) El criterio “sistemático”: la interpretación se realiza según el contexto, en que esté ubicada la norma a interpretar, es la llamada interpretación conforme, que se justifica en la unidad del ordenamiento jurídico y en la primacía de la Constitución, de tal manera que el producto del proceso hermenéutica deberá tener en cuenta la máxima eficacia posible de los derechos fundamentales. 3º) El criterio “histórico”: las normas se interpretan a tenor de los antecedentes históricos y legislativos que le dieron origen, acudiendo a los debates parlamentarios, exposiciones de motivos, o la legislación histórica sobre la materia; el criterio sociológico: la interpretación se hace entendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento. 4º) El criterio “intencional y teleológico”: se interpreta según el espíritu y finalidad de las normas, pero su problema principal radica en determinar cuál es esa finalidad.

derechos fundamentales ciertas pautas propias:

1º) El principio hermenéutico general vendría representado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Convenios o Tratados suscritos por Bolivia sobre las mismas materias (art. 13.IV de la Constitución), configurando lo que se ha dado en llamar el “argumento comparado”. Este criterio básico supone que no sólo dichas normas, sino también la jurisprudencia del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos y la de los demás Tribunales internacionales que en ellas se instauran, tienen valor interno para desentrañarlos⁹⁹. Sin embargo, la doctrina constitucional clásica no acepta la posibilidad de que un precepto legal pueda declararse contrario a un derecho fundamental (pretensión de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley), basándose únicamente en su oposición a un Tratado o Convenio internacional suscrito por Bolivia. En otras palabras, éste artículo no otorga directamente rango constitucional a los derechos libertades proclamados en los Tratados Internacionales que no estén expresamente recogidos en la Constitución. Su carácter es primordialmente hermenéutico¹⁰⁰.

Sobre la interpretación de derechos fundamentales, véase CARPIO MARCOS, E.: *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima, 2004. GALÁN JUÁREZ: “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad”, “Isegoria”, Núm. 35, julio-diciembre de 2006, pp. 33-55, expone que la acepción de interpretación como la búsqueda de entre los varios entendimientos posibles de una regla de Derecho de aquella opción que mejor se acomode a los dictados constitucionales, es la que encajaría en la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Sólo así se podrá hacer lo mejor del objeto de la interpretación, contribuyendo a la construcción del derecho más justo posible.

A ese respecto, el Tribunal Constitucional español concluye que el criterio literal es un punto de partida ineludible, pero en la interpretación de la Constitución los criterios sistemático y teleológico tienen una gran importancia. Ha rechazado siempre interpretaciones meramente literales [STC 18/1982, de 4 de mayo (RTC 1982, 18), F.J. 2º], y ha buscado en todo caso una interpretación lógica y sistemática [STC 25/1983, de 7 de abril (RTC 1983, 25), F.J. 3º]. Y ha construido las necesarias nociones y principios hermenéuticos partiendo siempre de la lógica immanente a la Constitución, de los valores y principios que la informan.

⁹⁹ Dispone el artículo 17 del Convenio Interamericano, que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

¹⁰⁰ Tampoco el tratado se convertiría “per se” en medida de la constitucionalidad de una ley, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si

2º) En segundo lugar, toda la interpretación constitucional debe respetar siempre el “contenido esencial” del derecho; es decir, todos los aspectos y facultades que lo hacen reconocible y que son imprescindibles para que pueda satisfacer los intereses que garantiza. El contenido esencial estará, a su vez, determinado por los principios que inspiran la Constitución, todos ellos expresamente mencionados en el art. 8.2 de la misma: entre los que destaca la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la solidaridad¹⁰¹.

3º) En tercer lugar, el principio “pro homine”, que obliga a preferir la interpretación que más optimice el derecho fundamental (artículos 13.I y 22 de la Constitución) y que se plasma en la selección de la disposición que sea más favorable a la persona en la defensa de su libertad o “favor libertatis”; en la protección a las víctimas, o “favor debilis”; y en los presupuestos del garantismo en materia penal: prohibición de la aplicación analógica de las normas no favorables o restrictivas de derechos y en la observancia del principio “in dubio pro reo”, o “in dubio pro actione”.

4º) En cuarto lugar, el principio de “mayor protección” de los derechos, por virtud del cual la regulación constitucional de los mismos es solamente un “estándar mínimo”, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican.

5º) En quinto lugar, la “fuerza expansiva” de los derechos en cuanto a su titularidad o eficacia, impone que la interpretación esté abierta a la posibilidad de ampliar su alcance y ámbito de protección (el artículo 13.II de la Constitución, así lo dispone expresamente: “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros no enunciados”). Este principio permite reconocer nuevas situaciones “iusfundamentales” que extiendan los derechos a nuevos titulares (p.ej. extranjeros, colectivos indígenas); estableciendo nuevos obligados (poderes

bien interpretado en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional.

¹⁰¹ El reconocimiento constitucional de la dignidad humana, además de encontrarse en la base del reconocimiento de otros derechos como el honor, la intimidad y la imagen, como vimos, cumple funciones de principio interpretativo y de norma integradora del sistema.

públicos del Estado y particulares) e incluso identificando nuevos objetos de protección. Así, a través de este principio del artículo 13.II de la Constitución, se da operatividad a una vocación aperturista de los derechos fundamentales, a través de una “cláusula de recibimiento” de derechos no enumerados, e incluso se facilita la incorporación de contenidos nuevos a derechos viejos, actualizándose el listado de los existentes de acuerdo con las necesidades políticas, sociales e históricas de cada momento.

6º) En sexto lugar, el principio de “razonabilidad” impone que el resultado de la interpretación, tanto el criterio adoptado como su justificación, haya de ser reflexivo y lógico, integrando coherentemente el sistema jurídico. La argumentación que finalmente se realice no sólo ha de ser conforme a la Constitución, sino que debe cumplir con los presupuestos exigidos por las teorías de la argumentación jurídica: coherencia, consistencia y universalizabilidad¹⁰².

La consistencia supone la congruencia de las decisiones interpretativas con el resto de principios, valores y derechos fundamentales y con la jurisprudencia constitucional habida al efecto. No es admisible que una interpretación, que se convierte por ello en norma constitucional, entre en conflicto con otro principio, valor o norma constitucional.

La *coherencia* exige del intérprete la contemplación de la solución más congruente con los principios y valores constitucionales. ¿Qué diferencia existe entre consistencia y coherencia? Dos normas son inconsistentes cuando son lógicamente incompatibles, pero cabe considerar no. Pues bien, las decisiones del intérprete no sólo deben ser consistentes con el resto de derechos fundamentales, deben además resultar *coherentes* con los valores implícitos y con los principios que unifican el sistema constitucional. Nótese que el juicio de coherencia es “relativo”, puesto que una decisión “consistente” puede ser más o menos “coherente” que otra con principios y valores. Así, lo que exige la coherencia es que si una decisión se basa, por ejemplo, en haber interpretado un derecho de manera determinada, esa interpretación debe mostrarse conforme (“o la más conforme”) con los principios y valores constitucionales. Por otro lado, dado que existen muchos principios

¹⁰² Véase TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: *Interpretación...*, cit., pp. 221 ss.

y la decisión puede ser compatible con unos y contrastante con otros, lo que exige la coherencia es que la decisión sea compatible “con el mayor número de principios” (o con los más esenciales).

Al igual que la consistencia, la *universalizabilidad* es una de las exigencias esenciales de la razón práctica. En efecto, si una decisión no es universalizable difícilmente podrá considerarse aceptable. El “test” de la universalizabilidad presenta una honda raigambre moral y kantiana. Como es sabido, una de las formulaciones del imperativo categórico dice así: “obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”. En última instancia esto significa que debemos tratar del mismo modo todos los supuestos cuyas “propiedades relevantes” sean las mismas, y de forma distinta a los que tengan propiedades diferentes. Naturalmente, determinar las propiedades relevantes es una actividad valorativa que puede distorsionar el juicio moral, sobre todo si se pasa por alto.

La universalizabilidad se centra, pues, en el “criterio o regla” jurídica usada como fundamento de la decisión y establece que para que una decisión pueda estar justificada es necesario que el criterio o principio en el que se asienta sea universalizable; esto es, que no se base en un criterio “ad hoc”, válido sólo para el caso presente, sino que estemos dispuestos a usar ese mismo criterio para resolver conflictos sustancialmente idénticos. La universalizabilidad traduce la regla del denominado “autoprecedente” y supone que si en determinadas circunstancias C se ha tomado la decisión D, siempre que se repitan esas mismas circunstancias u otras sustancialmente equivalentes habrá que decidir en el mismo sentido¹⁰³.

¹⁰³ Es importante distinguir dos categorías que a veces se confunden en este contexto. Las nociones de universalidad y generalidad. Lo universal se contrapone a lo existencial. Un juicio es universal cuando se predica de todos los miembros de una clase (por ejemplo: “*todos* los cisnes son aves”) y un juicio es existencial cuando se predica de tan sólo algunos miembros de una clase (por ejemplo: “*algunos* cisnes son negros”). Lo general, por el contrario, se contrapone a lo menos general o a lo particular. Se trata de una propiedad gradual que se refiere a la amplitud de la extensión de los miembros de una clase. “Todos los cisnes blancos son aves” y “Todos los cisnes negros son aves” son dos enunciados universales porque se refieren a todos los miembros de una clase, pero el primero es más general que el segundo, porque, según parece, hay más cisnes blancos que negros.

12. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE BIENES CONSTITUCIONALES

Por conflicto hemos de entender aquellas situaciones en las que una persona considera afectados sus derechos o libertades fundamentales por la intervención de un poder público o de otra persona que alega que su acción u omisión responde al ejercicio de otra competencia, derecho o libertad, también de rango constitucional. En estos casos, no puede resolverse el trance con las reglas generales de solución de antinomias normativas: jerarquía, temporalidad, especialidad, competencia o prevalencia, sino que ha de acudir a otros expedientes¹⁰⁴.

El procedimiento de la *delimitación conceptual del contenido*, también llamado del “límite interno o propio” de los derechos fundamentales, parte de que las conductas o situaciones beligerantes que se tratan de impedir son ajenas a su capacidad, por lo que aquéllos no requieren de ninguna limitación externa para excluir a éstas¹⁰⁵. Mediante la técnica del “balancing” (ponderación) se sopesan los derechos fundamentales que aparecen enfrentados y el intérprete, tendiendo a las circunstancias particulares del caso, decide la preferencia de uno de ellos y la limitación del otro con efectos exclusivos para ese conflicto singular. Este mecanismo se acostumbra a emplear en la solución de enfrentamientos entre derechos ejercidos por particulares.

Otro mecanismo de solución de controversias es el denominado de las libertades

¹⁰⁴ Ya aludimos a esta cuestión cuando analizamos la nota de la inviolabilidad y establecimos el carácter no absoluto de los derechos fundamentales y la necesidad de la ponderación en caso de conflicto.

¹⁰⁵ Véase DE OTTO Y PARDO, I.: “La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido”, en MARTÍN-RETORTILLO, DE OTTO Y PARDO: *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, p. 137.

DE DOMINGO PÉREZ, T.: “¿Conflictos entre derechos fundamentales?”, Estudio preliminar de L. A. MARTÍNEZ-PUJALTE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 95-103, sostiene que, primero se identifica el ámbito al que alude el derecho y se determina lo que está excluido de su protección y luego se establece el contenido y alcance de su objeto mediante una exégesis sistemática de la Constitución

predominantes (*preferred freedoms*) o de los “derechos de posición preferente (*preferred position*)”¹⁰⁶. Mediante este sistema, los actos o normas que presuntamente restrinjan derechos o libertades fundamentales se someten a un control de constitucionalidad más intenso, denominado “test judicial estricto”, examinando su razonabilidad y proporcionalidad. A ello se agrega la presunción de inconstitucionalidad de toda medida limitativa, lo que conduce a la inversión del “onus probando” y a que sea el agresor (poder público o particular) quien deba demostrar que su actuación no es contraria al derecho fundamental que se reivindica.

Se emplea esta práctica cuando convergen derechos fundamentales con libertades públicas. Así, por ejemplo, ante el conflicto surgido entre el ejercicio de una libertad informativa y la preservación de otros bienes constitucionales (derecho a la intimidad, derecho al honor, privacidad, seguridad pública, seguridad nacional, etc.), habrá que estar al tipo de situación planteada. En efecto, no siempre prevalece la intimidad o el honor; bajo determinados supuestos deberá prevalecer la libertad informativa, por gozar de una posición preferente en su doble condición de libertad individual y garantía institucional, que coadyuva a la formación de la opinión pública libre y plural dentro del estado democrático¹⁰⁷.

Cuando un acto de un poder público pretende restringir el ejercicio de un derecho

¹⁰⁶ Esta teoría ha sido esbozada y desarrollada por la jurisprudencia estadounidense, teniendo su origen en la posición superior en que aquélla ubicó a los derechos contenidos en la Primera Enmienda de su Constitución respecto a los otros derechos o bienes jurídicos con los que podrían entrar en conflicto. Tales derechos se refieren a las libertades de palabra, prensa, culto, petición y reunión pacífica, los cuales constituyen los pilares fundamentales de los ideales norteamericanos relativos a la libertad individual y al autogobierno representativo. Entre nosotros PECES-BARBA, G.: *Curso...*, cit., p. 595, señala que, en realidad, esta teoría de los “preferred rights” supone aceptar que en el interior del subsistema de los derechos fundamentales existe una jerarquía interna, que prefiere, o distingue determinados derechos respecto de otros. En una simulación se compararía entre dos derechos y si se suprimiese uno u otro cuanto sufriría el sistema con esa mutilación. Tendría una consideración preferente el derecho cuya desaparición fuese más sentida y tuviera más repercusión para la supervivencia del sistema.

¹⁰⁷ Véase MOLINER NAVARRO, R.: “El derecho al honor”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007. La colisión hay que contemplarla caso por caso y la ponderación tendrá en cuenta la posición prevalente de las libertades de información y expresión sobre los derechos de la personalidad cuando la noticia sea veraz, de interés público y no atribuya hechos reprobables y desmerecedores.

o el disfrute de un bien constitucional, se emplea el *juicio de ponderación o de proporcionalidad* que evalúa la legitimidad de aquella medida taxativa. El proceso se divide en dos momentos: primero, se delimitará el ámbito de cada uno de los derechos en conflicto, basándose en las circunstancias particulares del caso y después, se realizará el test de proporcionalidad, esto es, un cálculo de las causas que justifican la restricción de uno de ellos, que habrá de respetar, en todo caso, su contenido esencial y las demás pautas constitucionales de medida: la dignidad humana y los principios que sustentan una sociedad democrática¹⁰⁸.

La proporcionalidad cuenta con tres parámetros de evaluación para decretar si existe o no violación de derechos fundamentales: la “adecuación o razonabilidad”, que pretende que la medida sea idónea para alcanzar la finalidad perseguida con ella; la “necesidad”, que reclama que sea imprescindible para el cumplimiento de los fines constitucionales que alega el poder público que la adopta, es decir, que no exista otra disposición menos severa que posibilite un igualo mejor ejercicio del derecho limitado y la “proporcionalidad estricta”, que procurará la mínima afectación del ámbito garantizado por aquel derecho fundamental que se condiciona, sopesando los perjuicios

¹⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trota, Madrid, 2003, p. 189, razona que en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor.

La STC 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55), respecto a la finalidad legítima de la ponderación, expresa que resulta imposible intentarla si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses no sólo constitucionalmente proscritos, sino también socialmente irrelevantes. La STC 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989, 37), F.J. 7º, indica que para apreciar si una decisión que afecta el ámbito de ejercicio de un derecho fundamental es o no conforme con la Constitución, no basta con atender a la regularidad formal de la decisión, sino que es preciso atender en el orden sustancial a la razonable apreciación que la autoridad que tomó la decisión haya efectuado de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, pues si dicha medida o decisión resulta desatenta a toda valoración de la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone, será inconstitucional. La STC 85/1992, de 8 de junio (STC 1992, 85), F.J. 4º, niega legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos.

que se le ocasionan y los beneficios que se obtienen para el interés general, sin que, en ningún caso pueda llegar a destruirlo de manera grave e irremediable.

El juicio de ponderación resultante, la decisión final que se tome, estará suficientemente motivada y contendrá una argumentación que exponga en forma clara, lógica y suficiente las razones que justifican la disposición o decisión adoptada y que permita el control externo y ulterior de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

Una última precisión para finalizar. Los derechos fundamentales en el sistema boliviano gozan de una protección constitucional específica: la acción de amparo constitucional, que es el equivalente al recurso de amparo del Derecho español.

Sin embargo, la regulación boliviana tiene una singularidad digna de ser destacada.

En el Derecho español sólo se admite el recurso de amparo contra los actos de los poderes públicos, que vulneren derechos fundamentales, no contra actos de los particulares, lesivos de dichos derechos. Así resulta claramente del artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esto ha obligado a la jurisprudencia constitucional española a acudir a una “argucia legal”, consistente en “buscar” un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental¹⁰⁹.

La premisa de la que parte dicha imputación es la siguiente: el artículo 9.1 de la Constitución Española, en cuanto sanciona la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, contiene un mandato, dirigido a los poderes del Estado (legislador, ejecutivo y Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas), que se traduce en el deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Y la conclusión es ésta: cuando los poderes públicos no cumplen el referido mandato, en especial, cuando la jurisdicción ordinaria no cumple el deber de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por actos de

¹⁰⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El respeto”, cit., pp. 18-19.

autonomía privada, quedan abiertas las puertas para un eventual recurso de amparo, cuyo objeto formal estará, pues, constituido por los eventuales actos de un poder público (normalmente, jueces y tribunales) que no cumplan con el deber positivo, que les impone el artículo 9.1 de la Constitución Española, de dar efectividad a los derechos en cuanto a su vigencia social.

A este respecto es emblemática la conocida STC 18/1984, de 7 de febrero¹¹⁰, que, a pesar de desestimar un recurso de amparo contra un acto de un particular, por aplicación del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin embargo, afirma que ello “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. A continuación, añade que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos” (se refiere a los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución), de modo que implícitamente está reconociendo que ciertos derechos fundamentales sí tienen eficacia horizontal; y, entre ellos, la sentencia sitúa, precisamente, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Por el contrario, en el Derecho boliviano, se admite claramente la acción en amparo, por lesión de derechos fundamentales por actos de particulares, lo que, a mi parecer, es consecuencia de un implícito reconocimiento, por parte del texto constitucional boliviano de que los ciudadanos son también destinatarios de los derechos fundamentales (además de los poderes públicos), por lo que son aplicables a la relaciones de Derecho privado; y, no sólo, a las de Derecho público¹¹¹.

¹¹⁰ STC 18/1984, de 7 de febrero (RTC 1984, 18), F.J. 6º.

¹¹¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El respeto”, cit., pp. 18-19, observa que en el ordenamiento jurídico constitucional una “base textual general”, a los efectos de fundamentar, de una manera clara e inequívoca, la eficacia privada de los derechos fundamentales. Constata el autor que en la Constitución española no hay un precepto semejante al artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, conforme al cual los derechos y libertades constitucionales son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas. Pero tampoco existe una “base textual general”, que permita afirmar que los derechos

El artículo 110.I de la Constitución de Bolivia dice, así, que “Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas”, de lo que se deduce que aquéllas están directamente vinculadas por los derechos fundamentales.

En consecuencia, el artículo 118.I de la Constitución boliviana establece que “La acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

fundamentales sólo vinculan a los poderes públicos. Es más, hay una serie de normas constitucionales, que pueden ser invocadas en orden a una fundamentación jurídica de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado: el artículo 1.1 de la Constitución española, conforme al cual España se constituye en un “Estado social y democrático de Derecho”; el artículo 9.1 de la Constitución española, que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el artículo 10.1 de la Constitución española, que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los “derechos inviolables” inherentes a la persona, así como el respeto a “los derechos de los demás”.

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

1. ESTADO CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1.1. Presupuestos actuales de la interpretación jurídica

Hablar hoy de interpretación es hablar de quien en la filosofía contemporánea ha sido su máximo exponente, Hans-Georg Gadamer, y su obra más representativa: *Verdad y Método*¹¹². En el capítulo 10 de esa obra, Gadamer establece tres presupuestos esenciales de toda interpretación que deben servirnos como marco para encuadrar correctamente el problema hermenéutico en el Derecho:

- a) La interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión. Comprender es siempre interpretar, siendo la interpretación la forma explícita de la comprensión.
- b) La aplicación es un momento integrante del proceso hermenéutico, tan esencial como la comprensión y la interpretación. Comprender es aplicar. Cuando se

¹¹² Vid GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, ed. Sígueme, Salamanca 1977.

trata de un texto jurídico, su conocimiento y aplicación a un caso concreto no se realiza en dos actos separados sino en un proceso unitario. La interpretación plantea una doble tensión entre los interlocutores: por un lado, entre el lector y el texto a interpretar; por otro lado, la situación cambiante en la que se trata de comprenderlo. Buena parte de esa tensión se manifiesta en la relación temporal pasado-presente.

- c) Existe una unidad interpretativa frente a los diversos tipos de textos. La hermenéutica jurídica no es un caso especial, sino que se encuadra dentro de la sustancial unidad del problema hermenéutico general al que se enfrentan siempre el jurista, el teólogo y el filólogo. De ahí que la comprensión-aplicación de la ley, en su dimensión normativa, no sea diferente de la comprensión de un texto religioso o de un relato literario¹¹³.

En el Derecho, pues, la tarea interpretativa parte del mismo presupuesto que en cualquier relato literario: existe un lector que tiene ante sus ojos un texto y trata de comprender su significado. También la relación presente-pasado existe tanto en el Derecho como en el relato y es la hermenéutica quien se encarga de desentrañarla. En efecto, la obra literaria y su fuerza declarativa no se dejan limitar por el horizonte histórico originario en el cual escritor y lector eran simultáneos. Toda obra de arte, como apunta Gadamer, tiene siempre su propio presente; sólo hasta cierto punto mantiene en sí su origen histórico y, en modo alguno, coincide con lo que el autor espiritual se había figurado¹¹⁴. Tampoco en el texto jurídico el lector lee simplemente lo que está escrito en el pasado de acuerdo con su sentido originario: la comprensión-aplicación del texto a un caso singular le proyecta hacia el sentido que percibe *ex novo*.

¹¹³ Un análisis más detallado de la aportación de GADAMER al debate sobre el derecho y la literatura puede verse en E. E. Marí, “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, en *Doxa* 21-II (1998), pp. 251-287. Para un estudio general sobre la relación entre ambas materias, vid. TALAVERA, P., *Derecho y Literatura*, Granada, Comares 2006.

¹¹⁴ Vid. GADAMER, H. G., *Estética y hermenéutica*, Tecnos, Madrid 1996; pp. 67 ss.

No obstante, como apunta acertadamente Gadamer, la tarea hermenéutica del jurista reviste una particularidad: entiende el texto jurídico en continuidad y con la transmisión histórica del sentido original en el presente. El Derecho, en efecto, para garantizar su pervivencia, se desarrolla como un *continuum* y trata de fijar, desde el punto de vista doctrinal, sus parámetros interpretativos a través de la dogmática y de la jurisprudencia y, desde el punto de vista histórico, a través de la denominada “interpretación auténtica” (la voluntad del legislador). Sin embargo, las circunstancias históricas cambiantes y la exigencia de su aplicación a supuestos que acaecen en el presente, permiten distinguir siempre entre el “sentido originario” del contenido de la norma y el sentido en el que se aplica actualmente según la praxis jurídica. De ahí que el jurista, aun conociendo el sentido original de la ley, no esté obligado siempre a sujetarse a los estrechos márgenes dogmáticos o históricos en su interpretación-aplicación al caso presente.

La importante aportación de Gadamer ha puesto de relieve algo sobre lo que hoy existe un sustancial acuerdo, difícilmente concebible hasta hace poco tiempo: no existe una separación conceptual entre la creación y la interpretación del Derecho. Quienes todavía se situaban en un modelo interpretativo tradicional, pretendían seguir sosteniendo una doble vertiente, creativa e interpretativa, del Derecho que respondía a parámetros cognitivos y prácticos diferenciados. Esta tesis ya no puede sostenerse ni desde el punto de vista conceptual ni desde la realidad orgánica del Estado constitucional.

1.2. El modelo *tradicional* de interpretación jurídica

Los juristas clásicos distinguieron siempre dos momentos en el proceso de formulación del Derecho: el de creación y el de aplicación. Para esta concepción, el Derecho es un *producto* que sale completamente acabado de las manos del legislador. Todo cuanto acontece a partir de ese momento creativo no es otra cosa que su mera –y

casi mecánica- *aplicación*. Sólo en algunos supuestos específicos (cuando se produce una oscuridad de la ley, o se constata una aparente imprevisión), habrá que recurrir a la tarea *interpretativa* que, en todo caso, sólo pretende la reconstrucción de la ley, dentro de los límites y con los criterios, que ella misma ha fijado. La separación entre el momento creativo y el interpretativo supone también el establecimiento de una jerarquía entre ambos: la producción normativa es la referencia jurídica primaria y decisiva, mientras que la aplicación y la interpretación son actividades subordinadas. Por supuesto, también las funciones asignadas a los juristas que trabajan en una y otra actividad tienen la misma jerarquía.

Este modelo tradicional es deudor de una concepción formalista de la interpretación, producto de la dogmática jurídica del XIX, al hilo del movimiento codificador. El Derecho se identifica, casi exclusivamente, con el momento de creación, reducido a su vez a la producción de normas jurídicas de carácter general. Como ya dijimos, debido al nuevo criterio de legitimidad emanado de la Revolución Francesa, el auténtico poder es el legislativo, porque es la traslación directa de la soberanía nacional. El Derecho, más que ordenamiento jurídico, es sobre todo la Ley. Con ello se trata de mantener el monopolio del nuevo orden en manos de la burguesía (protagonista del cambio revolucionario). Para conseguirlo, es imprescindible eliminar toda fuente de normatividad que no sea la Ley; de ese modo la seguridad jurídica adquiere rango de valor primordial, «asegurando» con ello la certeza y plenitud del sistema jurídico.

La identificación entre Derecho y Ley y la exaltación del momento productivo de la Ley como máxima expresión de la soberanía, convierte al momento «aplicativo» del Derecho en una actividad secundaria, consistente en la traslación mecánica de lo previsto por el texto legal al caso concreto que debe ser enjuiciado. La aplicación del Derecho no es más que el paso necesario de lo abstracto –la norma- a lo concreto –los problemas reales-. Los jueces (los «aplicadores jurídicos» por antonomasia), sólo deben realizar una tarea “lógico-deductiva” entre el precepto y el supuesto fáctico. De ahí que, para esta concepción, como también escribiera Montesquieu -aunque esto se recuerda

pocas veces- el poder judicial no sea tal poder. En la aplicación del Derecho, pues, no se produce una decisión jurídica. La única decisión jurídica existente es la que adoptó el legislador al formular la norma.

Para sostener esta tesis resulta imprescindible concebir el Derecho como un sistema, completo, autosuficiente y exento de contradicciones. Es decir, un sistema que hiciera posible, mediante un sencillo procedimiento lógico deductivo, encontrar la solución prevista en la Ley para cada cuestión que se palantea. En otras palabras, aplicar el Derecho significa *subsumir* cada problema jurídico en la norma adecuada. Así la tarea judicial fue denominada “subsunción”. No es extraño, pues, que la interpretación jurídica fuera concebida como una tarea subsidiaria y ocasional: sólo se recurrirá a ella en caso de oscuridad, aparente contradicción o ausencia de norma aplicable. Un axioma expresado magistralmente en el, tantas veces citado, brocardo: *in claris, non fit interpretatio*. Obviamente, el fin de la interpretación es puramente cognoscitivo, declarativo: se trata de hallar la respuesta correcta que ya se encuentra en la norma (en el ordenamiento jurídico vigente). Toda la teoría de la interpretación jurídica que la dogmática hereda de Savigny, gira en torno a esos postulados.

De acuerdo con el que hemos denominado *modelo tradicional*, la actividad interpretativa que llevan a cabo los jueces (o cualquier otro “operador jurídico”) abarca tres fases: (1) la reconstrucción de los hechos; (2) la búsqueda y concreción de la norma jurídica aplicable a esos hechos, o bien, la reconstrucción de la norma jurídica que ha de invocarse; (3) la formulación de la decisión. Se trata de formular un silogismo jurídico, cuyas premisas mayor y menor son las dos operaciones antes citadas, y cuya conclusión se realiza mediante la *subsunción* de los hechos en el supuesto de hecho contemplado por la norma y la aplicación de la consecuencia jurídica por ella prevista. Es en este proceso *subsuntivo* cuando puede ser necesario recurrir a la interpretación, o, mejor dicho, a los «criterios de interpretación» fijados por la propia Ley. La interpretación funciona como un procedimiento auxiliar, mediante el cual se trata de reconstruir la norma adecuada al caso, con la mayor fidelidad posible a la “mente del legislador”. Esos

criterios interpretativos (que fueron consagrados en todos los Códigos civiles) son, básicamente, los establecidos por Savigny, que los entendía como «cuatro operaciones distintas que han de actuar conjuntamente, si se quiere lograr una correcta interpretación»: (a) *gramatical*, que permite hallar el significado literal del texto normativo; (b) *lógica*, que proporcionaría la denominada *ratio legis*, el espíritu o finalidad de la ley; (c) *histórica*, que atiende a los antecedentes (inmediatos o remotos) de la norma, a la tradición en la que se sitúa (d) *sistemática*, que contextualiza la norma en el sistema al que pertenece¹¹⁵.

1.3. Necesidad de un nuevo modelo interpretativo

El *modelo tradicional* ha mostrado numerosas deficiencias teóricas y prácticas, de manera muy especial, en el contexto del Estado constitucional. La crítica al *modelo tradicional* parte del presupuesto fundamental establecido por Gadamer: la actividad del juez (o de cualquier jurista) no es una simple actividad mecánica, aséptica, neutral y puramente deductiva; por el contrario, se trata de una *decisión*. Ciertamente, no es una decisión arbitraria sino guiada por el razonamiento jurídico y vinculada al marco normativo, pero de la que no puede excluirse la hermenéutica. En consecuencia, una concepción de la interpretación jurídica acorde con este presupuesto debe apoyarse en dos pilares: en primer lugar, el reconocimiento de que la tarea del juez no es ciega ni mecánica: consiste en formular decisiones jurídicas; esto es, en la obtención de soluciones a los problemas concretos, basadas en el Derecho vigente. En segundo lugar, como apunta Guastini, es necesario desvelar las dos grandes falacias de la concepción tradicional: de un lado, la visión antropomórfica del legislador (de los órganos de producción normativa), como si éste tuviera una especie de «voluntad propia» que sería posible –obligado– reconstruir (eso que se ha llamado «*voluntad auténtica*»); de otro lado, que la interpretación consista exclusivamente en conocer la *voluntad auténtica* del

¹¹⁵ LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la teoría del derecho*, TLB, Valencia, 1996, pp. 281-288.

legislador para establecer así la solución correcta (la «única y verdadera») que admite el caso enjuiciado¹¹⁶.

Conviene subrayar que las disposiciones normativas, como todos los enunciados lingüísticos, no tienen un significado único, que podamos descubrir mediante un ejercicio puramente cognoscitivo. La norma es, fundamentalmente, producto de la interpretación. En realidad, hasta que no se realiza la tarea interpretativa, hasta que no le atribuimos significado, no existe propiamente la norma. En otras palabras: no hay verdadera actividad de producción normativa sin el concurso de la interpretación. Como atinadamente apuntó Pérez Luño, «la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo»¹¹⁷.

Por otra parte, hoy resulta difícil sostener que los órganos de producción normativa cuenten con algo parecido a una «voluntad unívoca» susceptible de ser descubierta. Como ya señaló Bobbio, no tiene sentido distinguir entre interpretación de las palabras de la ley e interpretación de la voluntad –pretendidamente objetiva- del legislador¹¹⁸. No existe tal *voluntad preexistente* (más allá del contenido lingüístico de la norma) que determine al juez en su actividad de interpretación. Por consiguiente, tanto la producción jurídica como la interpretación/aplicación de las normas, realizada por los jueces son el resultado de decisiones (jurídicas) que van más allá de lo que puede establecerse bajo los parámetros de la lógica deductiva. Como afirmó Prieto, más que distinguir entre órganos de producción normativa y órganos de aplicación, sería más acertado hablar de órganos primarios de producción jurídica y órganos *heterónomos* de producción (aquellos que están más *condicionados* en la creación de Derecho), que serían los jueces¹¹⁹. Es cierto que el ordenamiento jurídico (entendido en su sentido más amplio) vincula al juez en su decisión, pero también es cierto que esa decisión no responde únicamente a tal vinculación. El juez se ve en la necesidad de *justificarla* y

¹¹⁶ GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giapichelli 1990, pp. 46-52.

¹¹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, op. cit., p. 342.

¹¹⁸ BOBBIO, N., *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giapichelli, Torino 1960, p. 123.

¹¹⁹ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, cit., p. 78.

para ello debe aportar un fundamento racional. La necesidad de justificar racionalmente las decisiones judiciales remite a la necesidad de profundizar en las claves del *razonamiento jurídico*, cuestión de la que se han ocupado las *teorías de la argumentación jurídica* que abordaremos más adelante.

Como algunos autores han subrayado, la interpretación es una actividad *contextualizada*, es decir, que la atribución de significado a las normas debe partir de los usos del lenguaje, reflejados en las diversas formas de vida, que le otorgan un carácter limitado y controlado. Por ello, la interpretación no casa con un modelo mecánico, lógico deductivo, sino con una forma de razonamiento práctico. La interpretación, en efecto, no se reduce a un acto puramente declarativo sobre el significado de las normas; va mucho más allá de las inferencias lógico-formales: implica una opción o valoración del intérprete, la decisión al elegir la premisa que considera adecuada¹²⁰.

Se impone, pues, una revisión profunda del concepto mismo de interpretación que, como apunta Gianformaggio, además de ser una actividad *noética* (de comprensión, cuyo resultado es la atribución de significado), sea también una actividad *dianoética* (de argumentación, de justificación de la decisión). En definitiva, la importancia de conjugar el elemento valorativo de la interpretación jurídica con la exigible vinculación del intérprete al Derecho vigente (lo que algunos llaman el contexto de validez) sólo puede realizarse y verificarse mediante la aportación de razones justificativas, de razones suficientes que legitimen la decisión jurídica. De ahí que el nuevo modelo interpretativo, con el que debemos operar en la actualidad, suponga una profunda imbricación entre la tarea interpretativa del juez y la argumentación jurídica, tal y como ya hemos subrayado en diversas ocasiones¹²¹.

¹²⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 249-254.

¹²¹ GIANFORMAGGIO, L., “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, *Doxa* n°4 (1987) p. 93.

2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN *CONSTITUCIONAL* DE LAS NORMAS

La cuestión interpretativa reviste unos perfiles particulares en el contexto del Estado constitucional debido a doble vinculación del juez al principio de legalidad y al principio de constitucionalidad. Como ya dijimos, además de su indudable dimensión política, el distintivo fundamental de este nuevo modelo de Estado radica en la eficacia normativa directa del texto constitucional. Por ello, en el modelo del Estado legislativo, donde el texto constitucional no pasa de ser un documento político y programático, carece de sentido plantear una *interpretación constitucional* de las normas jurídicas. En ese contexto sólo puede tener cabida el modelo tradicional de interpretación que acabamos de exponer.

En consecuencia, el principio de constitucionalidad que rige la actividad judicial obliga a plantear un nuevo modelo de interpretación, la *interpretación constitucional*, partiendo de que –además de su significación política– la Constitución es realmente una norma jurídica, que puede generar conflictos con las leyes ordinarias y que deben resolverse mediante un órgano de carácter jurisdiccional. Desde este punto de vista, la *interpretación constitucional* adquiere una relevancia fundamental. Constituye un tipo especial de interpretación jurídica que presenta los siguientes rasgos diferenciales¹²²:

- a) La Constitución posee la máxima jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico. En los sistemas democráticos su función es cualitativamente diferente a la de cualquier otra normativa legal: a ella corresponde establecer límites al poder político en relación con los ciudadanos, garantizándoles los derechos y libertades fundamentales (además de promover las condiciones para la libertad efectiva y la igualdad real) y estableciendo los principios y valores a los que debe ajustarse toda

¹²² Seguimos aquí la estructura y contenido planteados por: LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la teoría del derecho*, cit., pp. 288-296.

la actividad legislativa. Esto subraya la extraordinaria importancia que reviste la interpretación constitucional y la enorme trascendencia que revisten las decisiones interpretativas que de las disposiciones constitucionales realiza el órgano jurisdiccional establecido al efecto –el Tribunal Constitucional- a través de sus resoluciones. Por supuesto, tales resoluciones generan repercusiones de orden económico y político, pero donde fundamentalmente despliegan toda su trascendencia es a la hora de “adecuar” el ordenamiento jurídico a los principios, valores y derechos constitucionales, erigiéndose la interpretación constitucional en una fuente privilegiada del Derecho, que ocupa el lugar preeminente por encima de la Ley, en el sistema tradicional de fuentes establecido por el Código civil.

Las repercusiones económicas que pueden derivarse de una determinada interpretación constitucional son fácilmente apreciables cuando se conoce medianamente la historia de los países (es mundialmente conocido, por ejemplo, el caso de la expropiación por el gobierno español del *holding Rumasa*, luego convalidada por el Tribunal Constitucional de España en una discutida sentencia, más política que jurídica, que provocó la dimisión del presidente del Tribunal y generó al cabo de los años el amparo del TEDH para su propietario y diversas sentencias del TS español de resarcimiento en su favor). En ese sentido, conviene subrayar de nuevo la innegable carga política de las constituciones, aunque no sean un mero documento político. En efecto, el texto constitucional es el resultado de un pacto fundante y fundamental entre fuerzas políticas, por ello su interpretación tiene siempre amplias repercusiones en este ámbito. A nadie se oculta que la tarea interpretativa del Tribunal Constitucional, con frecuencia, se proyecta directamente sobre decisiones de carácter político y sobre los órganos responsables de ellas y, en no pocas ocasiones, su juicio deslegitima tales decisiones, aun contando con el respaldo democrático. Podría afirmarse, pues, que la labor del *juez constitucional* tiene una ineludible componente política de la que habitualmente carece la tarea interpretativa del juez ordinario. Esto le obliga a ser muy consciente de las consecuencias que en este campo generan sus resoluciones.

- b) Por otra parte, los textos constitucionales, aún teniendo carácter jurídico, poseen una textura mucho más abierta y menos concreta que las disposiciones de otros sectores del ordenamiento. Las normas constitucionales son, en general, mucho más abstractas, elásticas e indeterminadas que el resto de textos legales. La Constitución es una norma jurídica extraordinariamente concentrada y breve que, obviamente, nunca poseerá la concreción de un Código. Por ello sus perfiles se adecuan más a la idea de principios que a la de reglas¹²³. En consecuencia, generalmente proporcionan únicamente *razones para decidir* en un determinado sentido, pero sin imponer una solución cerrada. Los problemas interpretativos constitucionales son, con más frecuencia que los que se plantean a los jueces ordinarios, casos difíciles y ello provoca que la tarea interpretativa sea mucho más compleja. A ello habría que añadir que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución tienen también un carácter normativo fundamental en el sistema jurídico-político, jugando a la vez como valores y como principios; de ahí que condicionen grandemente el procedimiento interpretativo.
- c) Por último, conviene recordar que la función del intérprete constitucional es diferente a la del juez ordinario. Este último debe proponerse, fundamentalmente, llegar a la mejor solución del conflicto de intereses que se le plantea. Sin embargo, el intérprete constitucional, más que buscar la solución a un supuesto concreto, intentará delimitar un campo de licitud: determinar aquellas interpretaciones de la Constitución que resultan intolerables. Mientras que el juez ordinario puede razonar y exponer la decisión «como si» derivara directamente del criterio del legislador, el juez constitucional asume una responsabilidad cualitativamente diferente. En ningún caso podrá encubrir la, «endosando» y atribuyendo la solución al poder legislativo¹²⁴. Estos factores, entre otros, determinan que la metodología interpretativa del juez ordinario no pueda ser directamente traspasable al juez

¹²³ GIANFORMAGGIO, L., “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, *cit.*, p. 104.

¹²⁴ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, *cit.*, p. 98.

constitucional, especialmente en lo referente a los parámetros dogmáticos de la *subsunción*, cuya mecánica resulta completamente ajena al ámbito de la interpretación constitucional.

En todo caso, afirmar la ineludible componente política de la interpretación constitucional y el diferente grado de responsabilidad decisoria del juez constitucional respecto del ordinario, no significa admitir que sus decisiones deban remitirse necesariamente al campo de la emotividad y del decisionismo. Por ello, resulta imprescindible responder a los problemas específicos de la interpretación constitucional teniendo en cuenta su autonomía y elaborando sus propias categorías metodológicas, pero afinando hasta el extremo en la tarea argumentativa de justificación racional. Y todo ello manteniendo los criterios básicos de la interpretación jurídica, aunque pueda ser objeto de reglas interpretativas y aplicativas propias.

Las peculiaridades de la interpretación constitucional las hemos estado proyectando, hasta ahora, en una específica modalidad interpretativa que denominamos la interpretación «de» la Constitución. Sin embargo, la vinculación del juez al principio de constitucionalidad, como consecuencia de que la Constitución está en la cúspide de la jerarquía normativa (fuente que regula las demás fuentes del Derecho), obliga a éste a interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con el contenido de ésta. En consecuencia, la noción genérica de *interpretación constitucional* abarca también la que podemos denominar interpretación «desde» la Constitución¹²⁵. Veamos ambas con algo más de detalle.

2.1. Interpretación «de» la Constitución

¹²⁵ Así lo ha planteado PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 268-283

Es imprescindible subrayar que, cuando nos referimos a la interpretación «de» la Constitución, estamos contemplando un tipo de razonamiento argumentativo que se apoya en un texto normativo (el texto constitucional). En consecuencia, el juez constitucional no debe, ni puede, desvincularse de los enunciados lingüísticos contenidos en ese texto. Es imprescindible, pues, mantener la conexión entre Tribunal Constitucional y Constitución. Si ésta se quebrara, el propio juez constitucional privaría de legitimidad a su decisión. Además, dada la peculiar posición de la Constitución en el sistema jurídico-político, debe cumplir su función garante como límite frente a la arbitrariedad del poder, contribuyendo a generar estructuras estables. Por ello, la *interpretación “de” la Constitución* debe buscar un equilibrio que permita alcanzar un doble objetivo: a) no sacrificar su dimensión normativa (entendiendo que para ello cabe sustraerse a las reglas generales de la interpretación establecidas en textos jurídicos de rango inferior como el Código civil); b) abrirla a las condiciones y circunstancias que presenta la realidad social¹²⁶.

Hasta ahora hemos visto que la interpretación constitucional es, debido a su peculiaridad, una actividad que permite un amplio margen de actuación al juez. Este mayor ámbito de libertad exige delimitar los parámetros en los que debe moverse tal interpretación. Para ello hemos de partir, en primer lugar, de que la interpretación constitucional es una actividad *contextualizada*, abierta a las circunstancias históricas de tiempo y lugar. De ahí la importancia de incardinar el texto constitucional, de establecer la conexión entre el texto normativo y el problema concreto que hoy se plantea. Por otra parte, ya hemos subrayado la importancia de ponderar las consecuencias (políticas,

¹²⁶ En el ordenamiento jurídico español se planteó la cuestión relativa al lugar que ocuparían las reglas generales de interpretación, dispuestas en el Título Preliminar del Código civil. Debemos recordar que se trata de normas anteriores a la Constitución y de inferior rango jerárquico. Algunos autores (M. Herrero de Miñón) entendieron que las reglas generales de la interpretación recogidas en el Título Preliminar del Código Civil eran normas que poseían un cierto carácter constitucional y el intérprete debería sentirse vinculado por ellas. Sin embargo, otra interpretación más acorde con el principio de jerarquía normativa, reflejado en el artículo 9.3 de la CE (Lucas Verdú), conduciría, a otra conclusión absolutamente diferente: a) el intérprete constitucional no puede verse sometido a reglas anteriores a la Constitución y de inferior rango jerárquico; b) la vigencia y aplicación de tales reglas dependerá de su conformidad con la propia Constitución; c) esas reglas interpretativas han de ser interpretadas a su vez a la luz de los principios constitucionales (vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 269-271).

jurídicas, económicas, sociales) de la decisión interpretativa, pero sin que éstas se impongan nunca como criterio absoluto y último para la resolución. Para ello es imprescindible que exista una suficiente justificación racional, exigible en toda actividad interpretativa (que no sólo afecta al fallo, sino también a las premisas de las que parte la argumentación), pero que cobra especial relevancia en el caso del juez constitucional ya que, como hemos señalado, el material normativo sobre el que actúa no posee una formulación «acabada». La exigencia de justificar su decisión implica también la exigencia de mostrar abiertamente el proceso argumentativo. Para que eso se verifique deben concurrir tres condiciones:

- a) La primera, ya apuntada, consiste en la justificación no sólo del fallo sino también de las premisas adoptadas, ya que algunas de ellas no pueden ser extraídas clara y directamente del texto legal y precisan del recurso a elementos metajurídicos.
- b) La segunda consiste en que el juez constitucional exponga el proceso de argumentación de un modo completo, claro y transparente. Completitud implica exponer todas las posibles soluciones del caso en función de las diversas posiciones, con sus argumentos a favor y en contra. Con ello se mostrará que la decisión final descansa en la argumentación más sólida y aceptable desde parámetros racionales. Claridad implica la abierta exposición de todos los criterios que se han tenido en cuenta para fundamentar la decisión, justificando la opción que la fundamenta. Por último, la transparencia debe entenderse como la necesidad de utilizar un lenguaje inteligible y capaz de persuadir.
- c) La tercera condición consiste en el respeto al precedente. No procede, en absoluto, que la interpretación constitucional se convierta en un espacio donde quepan soluciones contradictorias. Incluso podría señalarse que la vocación de estabilidad de la Constitución determina que el respeto al precedente sea una virtud más apreciable en la jurisprudencia constitucional que en la ordinaria. El

respeto al precedente sería, pues, más necesario cuanto mayor sea el margen de libertad de que goza el juez resolver al caso. No se trata de convertir el precedente en un dogma que deba prevalecer por encima de cualquier otra consideración, pero su observancia representa una presunción de rectitud y justicia, especialmente en este ámbito¹²⁷.

Por otro lado, junto a los presupuestos anteriormente enumerados, existen determinados principios en los que debe inspirarse la interpretación “de” la Constitución y que Pérez Luño ha sintetizado en los siguientes: unidad y coherencia constitucional, corrección funcional y eficacia o efectividad¹²⁸.

- a) Según el principio de unidad, la Constitución deberá interpretarse como una totalidad, sin considerar sus disposiciones a modo de partes aisladas. De este principio se deriva el de coherencia, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de que existan contradicciones o antinomias entre las distintas disposiciones constitucionales. En caso de conflictos se deberá acudir a la «ponderación de bienes», graduando los intereses en litigio y resolviendo de acuerdo a su mayor o menor relevancia constitucional.
- b) De acuerdo con el principio de funcionalidad o de corrección funcional, el juez constitucional está obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado en el mismo texto constitucional. Este principio operaría en dos planos: Por un lado el juez constitucional debe respetar el esquema de competencias diseñado por la misma Constitución al tratar los conflictos que en tal sentido se le presenten¹²⁹. Por otro lado, el juez constitucional debe

¹²⁷ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 65-67.

¹²⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 276-278.

¹²⁹ El Tribunal Constitucional español, en este sentido, ha tenido que pronunciarse sobre un gran número de conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (a modo de ejemplo cabría citar, entre otras, la STC 27/ 1983 de 20 de abril, que establece la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas, en materias que sean competencia exclusiva del Estado, produzcan acto alguno de carácter normativo; tan sólo «circulares» de efectos interpretativos y sin carácter de norma jurídica).

respetar las competencias atribuidas a los poderes del Estado, sin limitarlas más allá de lo establecido en la propia Constitución y sin suplantarlas¹³⁰.

- c) Por su parte, el principio de eficacia o efectividad supondría dirigir la actividad del juez hacia aquellas soluciones que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales. En este sentido, tendría particular relevancia el principio «*in dubio pro libertate*», aplicado especialmente a todos los aspectos relacionados con derechos fundamentales.

Es importante subrayar que, si bien creación y aplicación del Derecho no revisten una diferencia conceptual ni metodológica, sí revisten un diverso tipo de legitimidad funcional: la labor del legislador se legitima sobre todo por el origen o procedencia del poder que se ejerce (la soberanía del Parlamento), la legitimidad del juez, especialmente la del juez constitucional, se legitima por el modo en el que justifica sus decisiones, presentándolas como «la mejor expresión de la razón práctica»¹³¹.

2.2. Interpretación «desde» la Constitución

Como ya se ha señalado anteriormente, la Constitución es la norma su prema, de tal modo que el sistema de valores que consagra debe informar todo el ordenamiento jurídico. Esto supone que la Constitución no es sólo una *norma a interpretar*, sino que el resto del ordenamiento jurídico deberá *ser interpretado de acuerdo con lo que ella dispone*. Se trata de una prioridad jerárquica que se traduce, además de las peculiaridades interpretativas ya hemos referido, en que se convierte en el criterio

¹³⁰ También, en este sentido, el Tribunal Constitucional español se pronunció con respecto al poder judicial, en la STC 71/1984 de 12 de junio, estableciendo que «...corresponde a los Tribunales penales la *subsunción* de las conductas en los tipos penales, y que tratándose de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria el criterio sustentado por los órganos judiciales no puede ser sustituido por el Tribunal Constitucional...».

¹³¹ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 68-69.

hermenéutico guía bajo el que interpretar todas las ramas del ordenamiento jurídico. Por ello se habla de una interpretación «desde» la Constitución¹³².

Interpretar el ordenamiento jurídico *desde* la Constitución genera una serie de consecuencias. La más inmediata consiste en que, tanto las normas anteriores a su promulgación como las posteriores a ella, que resulten incompatibles con el texto constitucional, deberán ser declaradas inconstitucionales, dejando de ser normas válidas y quedando sin vigencia a todos los efectos (*erga omnes*), como consecuencia del principio de seguridad jurídica, en concreto, por virtud del principio de jerarquía normativa. En relación con la inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional alemán acuñó el principio de «interpretación de las leyes conforme a la Constitución». Según este principio, acogido por la mayoría de cortes constitucionales europeas, antes de declarar la inconstitucionalidad, el Tribunal deberá agotar todas las posibilidades para interpretar la norma de modo acorde a la Constitución.

Interpretar una norma conforme a la Constitución exige una doble presunción, de carácter subjetivo: el legislador ha realizado su tarea dentro de los límites constitucionales (*favor legislatoris*); y objetivo: la ley se ajusta a los parámetros constitucionales (*favor legis*)¹³³:

- a) Existe una presunción de carácter subjetivo a favor de que el legislador democrático cumple con su cometido correctamente, por cuanto su labor consiste, precisamente, en desarrollar el texto constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional, sin discutir esta primacía, debe restringir al máximo la declaración de inconstitucionalidad de los actos del legislativo y evitar convertirse en un “legislador no parlamentario”, asumiendo y usurpando funciones que no le corresponden. Por otra parte, la actividad interpretativa del

¹³² Seguimos aquí la estructura y contenido de PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 279-283

¹³³ *Ibid.*, pp. 281-283.

Tribunal Constitucional, amparada por el deber de “conformación”, no puede modificar o alterar de tal modo los textos legales que se le someten, que acabe anulando su finalidad o transformando su sentido, algo que sólo corresponde a quien ostenta la legitimidad parlamentaria¹³⁴.

- b) También hallamos una presunción de carácter objetivo a favor de la adecuación del contenido de los textos legales a lo dispuesto en la Constitución. Ello supone, entre otras consecuencias, que, ante cualquier situación de ambigüedad o pluralidad de significados del texto legal, hay que optar por el más acorde con la Constitución¹³⁵. En definitiva, la normativa constitucional actúa como parámetro, como contexto hermenéutico necesario y como orientación general para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento.

3. PARÁMETROS PARA LA INTERPRETACIÓN ‘DE’ LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Como presupuesto de toda interpretación que deba o pueda hacerse de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, debemos reiterar que la *interpretación constitucional es el procedimiento cuyo objetivo es descubrir y explicar*

¹³⁴ En relación a este punto, el propio Tribunal Constitucional español ha señalado que es “el intérprete supremo de la Constitución pero no legislador”, de tal modo que «no puede... tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la interpretación constitucional (STC de 8 de abril de 1981).

¹³⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional español, en su STC de 5 de mayo de 1982 sostuvo que «A partir de la entrada en vigor de la Constitución es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme a aquella, esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquel que sea más conforme con las normas constitucionales». En el caso de nuestro país esto se extendería también a los Estatutos de Autonomía. El Tribunal Constitucional ha manifestado también que éstos «deben ser interpretados siempre dentro de los términos de la Constitución (art. 147.1 CE), pues en ellos se contienen las competencias asumidas por cada Comunidad «dentro del marco establecido en la Constitución» (art. 147.2, d CE)».

*el significado atribuido al lenguaje usado en el texto de la Constitución, a objeto de establecer el sentido claro, preciso y concreto de una norma constitucional, para aplicarla o hacerla aplicable a un determinado caso.*¹³⁶

Asimismo, en la doctrina del Derecho Constitucional ha quedado claramente establecida la diferencia entre la *interpretación jurídica* en general, y la *interpretación constitucional* en particular, considerando que las normas constitucionales difieren en su esencia, de todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, la interpretación constitucional tiene su propia particularidad y características, dado que requiere de la aplicación de ciertos principios y criterios específicos que no son aplicables a la interpretación de las normas jurídicas provenientes de la legislación ordinaria.¹³⁷

Por otro lado se debe dejar establecido también que la interpretación constitucional tiene por objeto lograr *que la Constitución formal refleje la Constitución material*, es decir, darle contenido y vida a la Constitución escrita, adecuando sus normas a los cambios sociales, económicos y políticos sin llegar a la desnaturalización y/o quebrantamiento de sus normas; integrar el sistema constitucional y otorgar seguridad jurídica garantizando su estabilidad y permanencia en el tiempo, de manera que se evite esa lógica reformista que cambia las reglas de juego de manera constante generando una inestabilidad institucional, que provoca a su vez la inseguridad jurídica. Por lo expuesto, se puede concluir claramente que la interpretación de las normas

¹³⁶ RIVERA SANTIVANEZ, J.: *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, 2ª ed.; Editorial Kipus: Cochabamba – Bolivia 2006, p. 70

¹³⁷ La diferencia entre la interpretación jurídica ordinaria y la constitucional deriva de la naturaleza específica de las disposiciones fundamentales, que con independencia de los diversos significados que se han otorgado a la Constitución como ordenamiento jurídico supremo, podemos caracterizarlas como las disposiciones que establecen las reglas de conducta de carácter supremo y que sirven de fundamento y de base a todas las otras disposiciones del orden jurídico, aún cuando existen excepcionalmente ordenamientos como el británico, e Israel en los cuales, al menos desde el punto de vista formal, no existe una división precisa entre las disposiciones ordinarias y las fundamentales, tomando en cuenta que emanan de los mismos órganos de creación jurídica y a través del mismo procedimiento”. (FIX-ZAMUDIO, H.: “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”: *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*. México, 1971)

constitucionales no puede equipararse en forma alguna, a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias.

7.1. La controvertida *titularidad* de la interpretación constitucional en el sistema boliviano

El artículo 4° de la LTCP, está referido a la titularidad de la interpretación constitucional. En este sentido, el párrafo III del mencionado artículo, prevé: “*El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental...*”; hasta ahí se comprende que el órgano encargado de proteger la integridad y supremacía de la Constitución, tiene la facultad suficiente y legítima para interpretarla. Sin embargo, en el siguiente párrafo con el que continúa el mismo párrafo se advierte un profundo contrasentido, al reconocerse de manera simultánea: “*...sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular*”, provocándose con esta disposición una peligrosa confusión conceptual, que en la práctica puede derivar como consecuencia en una contradictoria dualidad incorrectamente establecida respecto al órgano que debe ostentar la facultad interpretativa de la Ley Fundamental.

Así pues, en lo referido concretamente a la *titularidad de la interpretación*, se debe considerar que la Constitución es una norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, siendo por lo mismo de aplicación directa, por lo cual se entiende que todas las autoridades que aplican la Constitución pueden en determinado momento desarrollar la interpretación constitucional, de manera que en términos generales se puede afirmar que no existe un monopolio en la potestad interpretativa.

Empero, en un sistema constitucional que cuenta con un mecanismo de defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental cuya interpretación tiene el carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y los ciudadanos; y precisamente en el sistema constitucional boliviano, la misma Constitución Política del Estado ha instituido al Tribunal Constitucional Plurinacional como supremo guardián y máximo intérprete de la Constitución, al tener la potestad exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia.

En otras palabras, ciertamente existen diversos intérpretes de la Constitución, por cuya razón la interpretación constitucional puede ser desarrollada por los diferentes órganos de poder al ejercer sus facultades o potestades asignadas por el constituyente, dando lugar así a la interpretación legislativa, la ejecutiva o la judicial. Sin embargo, en esta última modalidad se presenta la variante denominada, por la doctrina, como la *interpretación judicial constitucional*, y es la que desarrollan los jueces y tribunales en materia constitucional, es decir aquellos órganos jurisdiccionales especializados (*Tribunales Constitucionales*), que tienen la potestad de ejercer el control de constitucionalidad. Por lo tanto, de todas las modalidades referidas, la interpretación judicial constitucional es la de mayor trascendencia, en virtud a que se constituye en la interpretación última y definitiva de la Constitución, situándose por encima de aquella que puedan realizar el resto de los órganos del Estado, los académicos, e inclusive los particulares.¹³⁸

En consecuencia, en nuestro Estado “*Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario...*”, el sistema constitucional cuenta con un mecanismo de control

¹³⁸ En este sentido manifiesta RIVERA SANTIVANÉZ que considerando que la jurisdicción constitucional concretiza y otorga un contenido normativo a las cláusulas generales y abstractas de la Constitución, al dar sentido y alcance del texto constitucional que fija en sus sentencias, el Constituyente le reconoce, a esa interpretación, un rango normativo de efecto vinculante para la toma de decisiones para el resto de los órganos jurisdiccionales y, generalmente, esa interpretación se utiliza como un criterio orientador respecto de las autoridades legislativas y administrativas. (RIVERA SANTIVANÉZ, J.A.: *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, cit., pág. 84.)

jurisdiccional *concentrado* de constitucionalidad (modelo europeo-kelseniano), instituido a través del Tribunal Constitucional Plurinacional, que se halla encargado de realizar el control de la constitucionalidad de las leyes, constituyéndose en el máximo intérprete de la Constitución, es decir que se trata del único órgano autorizado por la Ley Fundamental para desarrollar la interpretación constitucional última, con efecto vinculante respecto a todos.

Al respecto también cabe recordar que al haberse creado en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional, éste ha sido instituido como el defensor de la Constitución y de todo el régimen democrático, habiéndosele encargado la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello es el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, y ambos aspectos se infieren del contenido de las normas previstas por la Ley Fundamental.

“Es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o *erga omnes*, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución (...)”¹³⁹.

¹³⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, cit., pp. 58-59.

Por lo tanto, no es aconsejable incurrir nuevamente en aquel grave error cometido injustificadamente en la reforma constitucional efectuada el año 1994, al habersele negado la posibilidad de realizar la interpretación constitucional en forma exclusiva, al órgano encargado precisamente de velar por la integridad y supremacía de la Ley Fundamental.

Cabe hacer notar que aquel desacierto fue razonablemente criticado por varios constitucionalistas extranjeros especialistas en el tema; así por ejemplo Fernández Segado, al tiempo de analizar la función interpretativa del Tribunal Constitucional creado en 1994, señalaba que: “Varias reflexiones se imponen en relación con ésta cuestión. Ante todo, conviene decir que una cosa es dictar una ley interpretativa de la Constitución y otra bien distinta interpretar los preceptos de la Norma Suprema, al hilo del ejercicio de la función del control de la constitucionalidad de las normas. Todo ello, al margen ya de significar la improcedencia de una norma como la contenida por el artículo 234 (de la Constitución reformada en 1994), que choca de modo frontal con la atribución a un Tribunal Constitucional de la función de controlar la constitucionalidad (artículo 116.IV, CPE de 1994). No en vano esta función presupone, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, correspondiendo al Tribunal el monopolio de la determinación con carácter vinculante de lo que ha querido decir el constituyente. Ello, a su vez, debe traducirse en la expresa prohibición para todos los operadores jurídicos, incluido el legislador estatal, de dictar normas puramente interpretativas de la Constitución”.¹⁴⁰

Por su parte, el autor alemán Norbert Losing, a tiempo de realizar su análisis comparativo sobre la *Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*, puso de relieve lo siguiente: “De igual modo a como ocurre en otros países latinoamericanos, en

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2002), Pág. 49.

Bolivia muchos juristas todavía son de la opinión de que la interpretación de la Constitución debería reservarse al legislador. Esa competencia sería ejercida mediante la expedición de leyes interpretativas. El Tribunal Constitucional por consiguiente, no debería ocuparse de la interpretación de la Constitución. Aunque desde hace mucho esa opinión ya ha sido superada en la actual doctrina constitucional (por absurda) al menos en el papel, se impuso en la reforma. Todas las referencias y alusiones a una interpretación de la Constitución a través del Tribunal Constitucional finalmente fueron suprimidas del artículo 120 de la Constitución de 1994 (...).¹⁴¹

En virtud de lo expuesto anteriormente, la *interpretación auténtica* que se pretendió establecer en el Proyecto de Ley del TCP del mes de junio del 2010, resultaba inoperante, desactualizada y fuera de contexto en ésta materia, y sin embargo, la facultad interpretativa ahora reconocida a la Asamblea Legislativa Plurinacional en la nueva Ley del TCP, no condice con el sistema constitucional boliviano, dado que en rigor constitucional, el Órgano Legislativo actualmente se encuentra impedido de elaborar Leyes interpretativas, considerando que cualquiera de ellas podrían ser sometidas al control de constitucionalidad por parte del intérprete supremo, a cuyo resultado siempre deberá prevalecer el pronunciamiento jurídicamente fundamentado que emita el Tribunal Constitucional, con el respaldo de la cosa juzgada constitucional que produce la Sentencia Constitucional, según lo dispuesto por la misma Constitución.

De lo expresado resulta congruente afirmar que es atribución del Tribunal Constitucional interpretar la Constitución, y de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico; o lo que es lo mismo, la legalidad infraconstitucional u ordinaria.

Ahora bien, ¿lo expresado implica llegar a la conclusión de que la labor interpretativa de la legalidad ordinaria no está sujeta al control constitucional? De

¹⁴¹ LOSING, N.: *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Traducción de Marcela Anzola Gil, Madrid – España: Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Dykinson, 2002, p. 246.

ninguna manera, pues, dada la fuerza expansiva de la Constitución, a la jurisdicción constitucional le compete vía amparo, en los casos en que la interpretación ha sido impugnada, el examen de los motivos y los argumentos en que la jurisdicción ordinaria funda su decisión, destinada a comprobar si los mismos no resultan insuficientes, irrazonables o arbitrarios o en disconformidad con una interpretación conforme a la Constitución; anulando en su caso la decisión, cuando se constate que la misma no llena el canon de constitucionalidad de la interpretación.

De ahí que, en razón a lo explicado, a la jurisdicción constitucional le compete ejercer *el control de constitucionalidad de la interpretación de la legalidad ordinaria*, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación insuficiente, arbitraria o carente de razonabilidad, vulnerando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

Interpretación *conforme a la Constitución*, que parte del principio de supremacía constitucional contenido en la mayoría de las Constituciones, y en Constitución boliviana en el Art. 410 de la CPE. Esta interpretación se base en el carácter central de la Constitución en la construcción y validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, que determinan que la interpretación de las normas legales, realizada por servidores públicos, jueces o tribunales, sea conforme a los principios y reglas constitucionales.

Esta interpretación fue reconocida por el Tribunal Constitucional de España, que en la STC 9/1981 determinó que “La naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”. Posteriormente, en la STC 77/1985, se estableció que “este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica”; señalando luego en la STC 112/1989, que “todo el ordenamiento jurídico

ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales.

En relación con esto Dermizaki señala que “en toda interpretación jurídica está presente, de manera más o menos directa, la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior... (porque) el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional, (y) la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional”.¹⁴²

Como se percibe de la doctrina y la jurisprudencia aludida, los métodos hermenéuticos anotados, deben ser combinados, pues no pueden ser utilizados en forma aislada.¹⁴³ Este mismo entendimiento se refleja en la legislación positiva. Así, toda interpretación se iniciará con el método gramatical, atendiendo a la letra de la ley, indagando el significado de los términos de un texto legal; analizándose no sólo el significado común de las palabras y su conexión entre ellas, sino también su significado técnico y jurídico. Esta interpretación se complementará con la interpretación sistemática, a través del análisis de la norma vinculada a otros textos legales del Código o del todo del que forman parte, para obtener el significado de la norma dentro de un determinado contexto, interpretación que debe extenderse a las normas constitucionales.

Posteriormente, se necesitará comprobar si el resultado de la interpretación condice con el objetivo, con la finalidad y el sentido que quiso darle el legislador (interpretación teleológica); complementariamente, es posible utilizar el método histórico que coadyuvará al método teleológico para indagar el verdadero sentido de la norma, o también el método comparativo, con la finalidad de encontrar puntos de coincidencia con los textos legales extranjeros, que coadyuven a confirmar la tesis sostenida.

¹⁴² DERMIZAKY PEREDO, P., “La interpretación constitucional”, en *Derecho Constitucional*, 7a.ed., Cochabamba 2004, p. 38

¹⁴³ *Ibidem*

Finalmente, es ineludible confrontar el resultado de la interpretación con las normas, valores y principios de la norma constitucional, con la finalidad de que la interpretación efectuada, sea conforme a la Constitución.

En este orden de cosas, es posible sostener que la labor interpretativa que no se ajusta, en lo pertinente, a los criterios de la interpretación reconocidos por el derecho, se constituye en un indicio de que la misma puede resultar insuficiente, irracional o arbitraria.

En este sentido, el imperativo de seguridad jurídica consagrado en la Constitución como derecho fundamental, exige que el resultado de la labor interpretativa sea previsible, tanto en cuanto a los métodos (reglas) empleadas como a su resultado. La vinculación del intérprete a las reglas de interpretación y al principio de una interpretación conforme a la Constitución, forman parte del canon de constitucionalidad de la interpretación.

3.2. Interpretación de la legalidad ordinaria en el derecho boliviano

Si bien para su observancia no resulta imprescindible la positivación de los criterios de la interpretación, pues se trata de conceptos jurídicos universalmente acuñados y aceptados por el derecho, algunos países, con la finalidad de encausar de mejor manera la hermenéutica interpretativa, han recogido las reglas o criterios de la interpretación en sus textos legales. Así, el Código Civil español en su art. 3.1 establece que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

Como se puede apreciar, en el texto legal transcrito, se han recogido los criterios de interpretación aceptados por el derecho; entre estos, el gramatical, sistemático, histórico y el teleológico.

A su vez, el Código Italiano de 1942, señala que “Al interpretar las leyes no debe atribuírsele ningún otro significado que el que claramente tienen a través del significado real de las palabras según su relación entre ellas y según la intención del legislador”. Como se aprecia, en Italia se prevé en la legislación positiva que la interpretación no sea una actividad desconectada de las reglas o criterios de interpretación admitidos en derecho; pues, releva la necesidad de que ésta se realice conforme a una interpretación gramatical, sistemática, y teleológica.

En nuestro País, los criterios de interpretación no han sido recogidos en la legislación positiva. El Código de procedimiento civil alude de manera muy marginal al tema que nos ocupa;¹⁴⁴ sin embargo, esto no significa que el intérprete pueda desconocerlo en la actividad interpretativa. Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 1846/2004-R, ha establecido que:

“...los órganos de la jurisdicción ordinaria deben sujetar su labor interpretativa a las reglas admitidas por el derecho, con plena vigencia en el derecho positivo, que exige que tal labor se la realice partiendo de una “interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de formación de la ley (interpretación histórica)”,

[...] ”En este orden, conviene precisar que la interpretación sistemática o contextualizada puede extenderse, según los casos, al artículo del cual forma parte el

¹⁴⁴ Así, el art. 91 del Código referido, bajo el *nomen juris* de Interpretación de las normas procesales, señala que “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva. En caso de duda deberá atender a los principios constitucionales así como a los principios generales del derechos procesal”.

párrafo o inciso analizado; al capítulo o título al que pertenece; al sector del ordenamiento con el que se vincula o pertenece; o al ordenamiento en su conjunto; y finalmente, de manera inexcusable, con las normas, principios y valores de la Constitución, dado que de todas las interpretaciones posibles que admita una norma, debe prevalecer siempre aquella que mejor concuerde con la Constitución”.

3.2.1. El control constitucional de la interpretación de la legalidad ordinaria

Como quedó establecido precedentemente, si bien la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a la jurisdicción común, compete a la jurisdicción constitucional, en los casos de que se impugne tal labor como arbitraria, insuficientemente motivada o con error evidente, el estudio, dentro de las acciones de tutela, de la decisión impugnada, a los efectos de comprobar si la argumentación jurídica en la que se funda la misma es razonable desde la perspectiva constitucional - razonamiento que debe ajustarse siempre a una interpretación conforme a la Constitución- o si por el contrario, se muestra incongruente, absurda o ilógica, lesionando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

En este sentido, como marco general interpretativo, puede decirse que constituye un imperativo de la labor hermenéutica, que la interpretación de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales (entre ellas todas las garantía procesales de la Constitución), deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectivización del derecho o la garantía. En sentido inverso, el límite que muestre la legislación sobre las mismas materias, debe interpretarse siempre en sentido restrictivo.¹⁴⁵ Así por ejemplo, todo formalismo procesal que amenace limitar el derecho de los litigantes a los recursos impugnativos que dispensa la ley, debe interpretarse en sentido restrictivo; en cambio, el contenido de la norma que instituye el recurso, debe interpretarse siempre en el sentido más favorable a la eficacia del mismo.

¹⁴⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 274

Conforme quedó precisado, la interpretación de la legalidad ordinaria, es decir de las normas legales infraconstitucionales, de manera general, es atribución exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios; no siendo posible que esta interpretación sea conocida por la jurisdicción constitucional como una instancia de casación; pues sólo es posible su análisis cuando el tema adquiere relevancia constitucional, por su afectación a algún derecho fundamental o garantía constitucional.

Este control de la interpretación efectuada en las resoluciones de los tribunales ordinarios por parte de la jurisdicción constitucional, se explica en la eficacia que deben tener los enunciados constitucionales; y la sujeción de todos los poderes públicos a sus normas, principios y valores.

3.2.2. Posiciones sobre la interpretación de la legalidad ordinaria

La limitación al análisis de la interpretación de la legalidad ordinaria, ha sido asumida por los diferentes Tribunales Constitucionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ha determinado que la interpretación y aplicación de una ley ordinaria es asunto de los tribunales especializados, y que el Tribunal Constitucional sólo debe establecer en forma vinculante las normas o límites que se dan en el derecho constitucional para la interpretación de una ley.

Por otra parte, también estableció que si en el marco de una interpretación conforme con la Constitución de una norma del derecho ordinario, el Tribunal Constitucional considera que ciertas interpretaciones posibles de una norma no son compatibles con la Constitución, los demás tribunales no podrán considerar constitucionales esas posibles interpretaciones (Sentencia de 10 de junio de 1975, BvR 1018/74).

El Tribunal Constitucional Alemán ha establecido los límites de la revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria por parte del Tribunal, señalando que sólo es posible el análisis cuando los jueces ordinarios, para la interpretación y aplicación del derecho, no han tomado en cuenta los criterios valorativos contenidos en los derechos fundamentales; pues se entiende que en estos casos los jueces estarían violando las normas contentivas de los derechos. En síntesis, el Tribunal Constitucional Alemán sólo puede entrar a analizar un asunto en el que se impugne la interpretación del derecho ordinario, cuando exista violación de un derecho constitucional específico por parte del juez o tribunal, por indebida valoración del significado de los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección. En estos casos, entonces, el Tribunal Constitucional, puede revocar las resoluciones de los jueces o tribunales ordinarios.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha establecido que la interpretación de la legalidad ordinaria no puede ser analizada por la jurisdicción constitucional, salvo que la misma se funde en una interpretación arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo), cuando esa interpretación carezca de la debida motivación (SSTC 214/1988 de 14 de noviembre, 63/1992 de 29 de abril), se apoye en una causa legal inexistente (SSTC 69/1984 de 11 de junio, 57/1988, de 5 de abril), o sea el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre).

En Bolivia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha seguido similar camino, pues en forma paulatina ha ido configurando una línea jurisprudencial que establece que a la jurisdicción constitucional no le está permitido el análisis de la interpretación de la legalidad ordinaria, dado que *“...el amparo constitucional es una acción de carácter tutelar, no es un recurso casacional que forme parte de las vías legales ordinarias, lo que significa que sólo se activa en aquellos casos en los que se supriman o restrinjan los derechos fundamentales o garantías constitucionales, por lo mismo no se activa para reparar supuestos actos que infringen las normas procesales o*

sustantivas, debido a una incorrecta interpretación o indebida aplicación de las mismas” (SC 1358/2003-R, en el mismo sentido las SSCC 308/2004-R-, 446/2004-R, 695/2004-R, 1330/2004-R y 1392/2004-R, entre otras).

Precisando la jurisprudencia antes aludida, la SC 1846/2004-R, de 30 de noviembre, ha establecido que la interpretación de la legalidad ordinaria es deber de la jurisdicción común y que “...*corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”.*

Posteriormente, la SC 1917/2004-R, puntualizó que “...*la interpretación de la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción común y a la jurisdicción constitucional le compete verificar si en la labor interpretativa se cumplieron los requisitos de la interpretación admitidos por el derecho y si a través de ese proceso interpretativo arbitrario se lesionó algún derecho fundamental”.*

Añadiendo luego que: “*toda supuesta inobservancia o errónea aplicación de la legislación ordinaria, debe ser corregida por la jurisdicción común a través de los recursos que establece el ordenamiento; y sólo en defecto de ello, y ante la invocación de infracciones a las reglas de la interpretación admitidas por el derecho, la jurisdicción constitucional puede ingresar a verificar si la labor interpretativa desarrollada ... cumplió o no con las reglas de interpretación y si a través de esa interpretación arbitraria, se lesionó algún derecho fundamental, únicos supuestos que*

permiten al Tribunal Constitucional realizar una verificación de la labor interpretativa de la jurisdicción común”.

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Hemos afirmado en el capítulo anterior que la Constitución nace como producto de una decisión de la soberanía popular. Ahora bien, dicha decisión no es sólo un acuerdo al que se llega en un momento dado, sino, que se trata de una *pacto fundante* de la comunidad política y del orden jurídico que debe regirla; de ahí su vocación de permanencia en el tiempo, y la necesidad del establecimiento de mecanismos que garanticen su efectiva vigencia.¹⁴⁶

La exigencia de que esto se verifique impone establecer determinados mecanismos de defensa de la Constitución. No procede ahora extenderse en un análisis exhaustivo de los mismos. Baste con afirmar que el principal de todos ellos radica en la *Justicia Constitucional*, concepto que acentúa el carácter predominantemente valorativo de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico. Utilizar el vocablo *justicia*

¹⁴⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor “La Constitución y su Defensa”, en ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel, *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, Universidad de León, España, 1995, pp. 45

constitucional implica señalar que el poder del ejecutivo y legislativo están limitados y sometidos a las normas constitucionales y que, en el nuevo modelo de Estado Constitucional, se ha creado un nuevo tipo de instituciones y procedimientos directamente ligados a la salvaguarda de la supremacía de la Constitución, destinados a limitar y controlar el poder político y la acción legislativa.¹⁴⁷ En otras palabras, la otra cara de la moneda de la supremacía de la Constitución es el control de constitucionalidad, mecanismo crucial para garantizar y mantener la vigencia de la Ley fundamental.

La supremacía jurídica de la Constitución es una cualidad política de todo Estado Constitucional de Derecho, en cuanto que en él se concibe a la Constitución como un conjunto de principios, valores, derechos y reglas jurídicas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, la organización institucional de la comunidad política y el sistema de fuentes formales del Derecho.

La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma, pues, el carácter normativo superior de la Carta Fundamental (además de su eficacia jurídica directa), lo que tiene como consecuencia que las normas inferiores no puedan contradecirla.¹⁴⁸

En la mayoría de las constituciones (la mexicana o la española son un ejemplo fehaciente) los titulares de los poderes constituidos adquieren el compromiso personal con el Estado de realizar sus funciones dentro del marco constitucional, al comprometerse a guardar y hacer guardar la Ley fundamental. En ese sentido, los

¹⁴⁷ CAPELLETI, Mauro: ¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?, en *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 17. 1986, Pag.12.13

¹⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Teoría de la jurisdicción constitucional en América del Sur y Chile”, proyecto de investigación Fondecyt No., 1030581, año 2003 , p.1

mecanismos de control constitucional, sean correctivos o preventivos, en teoría, no tendrían que entrar en funcionamiento si jamás la Constitución fuere vulnerada por actos de autoridad o de gobierno, lato sensu, y si el poder del Estado se mantuviera en sus límites legalmente establecidos.

Pero la esencia del juego democrático radica precisamente en controlar y limitar al poder político, garantizando que el sistema constitucional de valores no se conculcado. Y eso exige, necesariamente, controles externos y procedimientos específicos para realizarlo. La historia reciente ha demostrado que sólo en aquellos Estados donde existe un verdadero sistema democrático, la justicia constitucional ha prevalecido. A manera de ejemplo podríamos citar el caso del primer Tribunal Constitucional de Austria, durante la breve etapa del primer sistema republicano austríaco y que desaparece por la influencia del partido social cristiano; el caso del Tribunal de Garantías español, que desaparece a raíz de la dictadura franquista; el caso peruano, donde la justicia constitucional desaparece durante el autogolpe de Alberto Fujimori, de donde se desprende que la justicia constitucional, lejos de suponer un elemento de freno o un riesgo para la democracia, si funciona correctamente, deviene en un elemento dinamizador de la democracia, pues permite una interpretación de la constitución capaz de adaptarla al paso del tiempo, sirviendo además para la consolidación de la constitución y juridificación de la política.¹⁴⁹

Así pues, si la supremacía de la Constitución supone diferenciar entre Ley Constitucional y Ley ordinaria, es lógico, concluir que debe existir un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados en la Constitución, y que el pueblo ha estimado necesarios para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Los jueces son los investidos de ese poder en cuanto ellos son los encargados de aplicar la Ley. De la supremacía constitucional deriva la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque los Tribunales proceden siempre aplicando la Constitución, debiendo prescindir de toda disposición de los demás poderes que se

¹⁴⁹ ALEGRE MARTÍNEZ, M., *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, cit., p.65.

hallen en oposición de ella. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, resulta de estricto derecho dentro del Estado constitucional y corresponde, dentro de ese modelo, como ya vimos, a los jueces la misión natural de realizarlo.

La finalidad primordial y última de la *justicia constitucional* es, pues, el control constitucional de las leyes, que pretende depurar del ordenamiento jurídico aquellas normas que pudieran resultar contrarias a la norma fundamental, consiguiendo con ello un triple objetivo: crear orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales; fortalecer las bases de la comunidad política, fortaleciendo el Estado de Derecho y la dignidad de la persona humana y, a través de ello, luchar por la garantía y efectivo respeto de los derechos y libertades fundamentales, al tomar como motivación expresa de sus decisiones los más altos valores de la convivencia política expresados y plasmados en la Constitución¹⁵⁰.

En consecuencia, la conveniencia de establecer mecanismos de control constitucional sobre la legalidad ordinaria, y su oportuna y puntual aplicación en caso necesario, se justifican por la necesidad de garantizar la vigencia del Estado de Derecho y la consecución de su cometido esencial, que es el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la limitación del poder político; así como la oportuna reparación en casos de irregularidad parcial del orden jurídico.¹⁵¹

La supremacía de la Constitución no tendría ninguna virtualidad real si no existieran garantías que la efectivicen frente a eventuales conflictos que se producen al interior de cada sociedad política y que afectan a los principios, valores y derechos constitucionalmente reconocidos. Precisamente, la exigencia de una resolución pacífica de esos hipotéticos conflictos viene propiciada por la *jurisdicción constitucional*, al

¹⁵⁰ COVIÁN ANDRADE, M., *El Control de Constitucionalidad en el Derecho Comparado*, Ed. Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, México, 2001, p.27.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.25

establecerse ésta como fundamento de las garantías e instancia ajena a los poderes del Estado.¹⁵²

Analizaremos, en el presente capítulo, los tres elementos que hemos apuntado y que se constituyen como fundamento jurídico del *control de constitucionalidad* de las leyes: en primer lugar, el fundamento de la supremacía jurídica de la Constitución que radica en su carácter supralegal; en segundo lugar; los mecanismos de salvaguarda y garantía de esa supralegalidad constitucional que la hacen prevalecer en todo caso frente a cualquier legalidad ordinaria que pudiera contravenirla (específica y privilegiadamente el control de constitucionalidad); y finalmente, los procedimientos institucionales específicos a través de los cuales se puede llevar a cabo dicha función de garantía.

1. EL CARÁCTER SUPRALEGAL DE LA CONSTITUCIÓN

La supremacía constitucional implica y exige, como ya hemos apuntado, la previsión y el desarrollo de una garantía jurídica de dicha supremacía, y esa garantía se materializa precisamente en el principio de *supralegalidad*. Las constituciones contemporáneas, salvo excepciones, manifiestan efectivamente su supremacía a través de este principio jurídico, que suele ir además aparejado con un segundo principio: la *rigidez constitucional*.¹⁵³ En el constitucionalismo moderno, en efecto, se acoge un doble mecanismo de salvaguarda del carácter supremo de la constitución: afirmación de su carácter supralegal, reforzado con el principio de *rigidez constitucional*; el cual tiene, a su vez, una doble virtualidad: por un lado, salvaguardar la permanencia temporal de la constitución y, por otro, garantizar con dicha permanencia que su carácter de norma

¹⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Teoría de la jurisdicción constitucional en América del Sur y Chile”, cit., p.11.

¹⁵³ ARAGÓN REYES, M., “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 50, Madrid, España. 1986

suprema de todo el ordenamiento siga presente, frente al devenir cambiante de la legislación ordinaria.¹⁵⁴

La supremacía constitucional es, pues, el resultado de la evolución histórica dirigida a alcanzar la limitación del poder político, ya que los principios y mandatos constitucionales proporcionan el marco legal dentro del cual puede efectuarse la actividad de los gobernantes y del cual no pueden apartarse sin desvirtuar la naturaleza de un poder reglado.

1.1. El origen de la supralegalidad constitucional

La afirmación jurídica de la supralegalidad constitucional tuvo su origen y su más sólida formulación doctrinal en la famosísima sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Marbury vs. Madison*, en 1803, por obra de uno de sus más reconocidos juristas: el Juez John Marshall. En ella se estableció una doctrina que ha constituido el eje de todo el sistema de garantías del Estado constitucional: cuando en un caso sometido a su decisión, el juez debe aplicar una norma y ella resulta contraria a la Constitución, su obligación es dar preferencia a ésta. A partir de este principio, el juez puede decidir la no aplicación de la Ley invocada porque su vinculación primaria es garantizar y aplicar la Constitución; cuya fuerza y vigencia, por ser suprema, es incoercible. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, decreto, ordenanza, o resolución, sólo puede devenir como fruto necesario de su congruencia con la aplicación de la Ley fundamental¹⁵⁵.

Se planteó en 1803, poco tiempo después de sancionada la Constitución de los Estados Unidos, siendo Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, John Marshall. La cuestión a decidir en el caso "*Marbury vs. Madison*" (que analizaremos en

¹⁵⁴ COVIÁN ANDRADE, M., "El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado", cit., p. 21

¹⁵⁵ CARBONELL, M.: "*Marbury vs. Madison*: una decisión histórica para la justicia constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5(2006): 289-300.

profundidad en el siguiente capítulo) tenía relación directa con la competencia originaria del Alto Tribunal, y con la supremacía de la Constitución de los Estados Unidos. El Congreso había dictado una Ley ampliando la jurisdicción de la Corte Suprema. Ante una Petición de Marbury solicitando ser nombrado en aplicación de dicha Ley, la Suprema Corte denegó el pedido, y la declaró inconstitucional afirmando que su competencia originaria provenía de la Constitución y por tanto el Congreso no podía ampliar los casos de jurisdicción originaria.

A tal efecto, Marshall afirmó la doctrina sustancial del principio de supremacía: “La Constitución es, o bien una Ley Suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está a nivel de las leyes ordinarias, y como todos las otras leyes, puede ser modificada cuando a la legislatura plaza modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una Ley contraria a la Constitución no es una Ley, si la última parte es la verdadera, las Constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder, que por su naturaleza misma no puede ser limitado. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las Constituciones escritas, las contemplaron como formando la Ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley de la legislatura repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita, y debe ser en consecuencia considerada por las Cámaras como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Si dos leyes están en conflicto entre sí, las Cortes deben decidir sobre la operación de cada una”¹⁵⁶.

Esta sentencia, como decimos, supuso la construcción de la doctrina de la revisión judicial de las leyes (*judicial review*), que suele denominarse como modelo norteamericano o de *control difuso*, y que habilita a cualquier juez para inaplicar en el caso concreto una Ley contraria a la Constitución. Aunque los efectos de la declaración

¹⁵⁶ CORNELL UNIVERSITY, LAW SCHOLL, *Marbury v. Madison*, Syllabus, Estados Unidos de América, 2003; HASKINS, GEORGE, *L. Marbury v. Madison*, [en línea] en “Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815 (1981); DONALD, DEWEY, *Marshall v. Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison* (1970)”. Estados Unidos de América, 2002; SARITI W., ANTHONY, *Revisión Judicial*, en *Issues of Democracy. Democracy and Human Rights*, [en línea] Estados Unidos de América, Septiembre 1999.

se limitan, de esa forma, al caso concreto en litigio, sin embargo, y debido al principio *stare decisis* (los jueces están obligados a seguir los criterios dimanantes de sus propias decisiones y, más precisamente, de los principios derivados de las decisiones de los Tribunales superiores), la repercusión de tal práctica se proyecta sobre todo el sistema. De esta forma, el *control difuso* no redundaría en perjuicio de la seguridad jurídica, y la unidad de criterio jurisprudencial, al inaplicar la ley inconstitucional, produce efectos parecidos a su anulación.

Ciertamente, el funcionamiento de este mecanismo hace presagiar el nacimiento de una especie de poder absoluto del juez a la hora de aplicar o no una ley; siendo así que puede hacerlo atendiendo sin más a su personal y propio criterio interpretativo e la Constitución. Sin embargo, el mecanismo ha incorporado determinados matices para evitar precisamente que se trate de un poder absoluto. En principio, sólo puede verificarse en aquellos casos o causas que sean expresamente sometidas a la decisión del juez. El Juez, en efecto, no enerva la norma. Simplemente la hace valer en el caso particular, cuidando de que la Constitución siga teniendo la primacía, y rehusando aplicar una norma que proviene de los poderes, precisamente porque es consciente y garante de que la Constitución debe ser el límite o freno de la prerrogativa legislativa del poder.

La cuestión que resulta clarividente en el sistema de derecho anglosajón del *common law*, reviste cierta complejidad en nuestros ordenamientos, puesto que, como ya vimos, dentro del sistema jurídico de tipo continental (de tipo legalista), el juez no crea normas, sino que simplemente determina, la que debe aplicarse de entre las existentes (valga el viejo aforismo de Montesquieu: los jueces no son más ni menos que la boca que pronunciaba las palabras de la Ley). No obstante, como veremos, nuestro sistema ha adaptado el principio de constitucionalidad y, aunque no permite al juez aplicar directamente la Constitución (porque le haría creador de derecho), sí le permite sortearla (paralizando la aplicación) y renviar la cuestión al órgano especializado de control (el Tribunal constitucional), obligándole a pronunciarse.

Más allá de las diferencias de modelo, el principio de justicia constitucional resulta plenamente justificado desde una óptica jurídico-política. En efecto, no ver como legítima la revisión judicial de las leyes sería, de facto, romper el equilibrio de los poderes, subordinado el Poder Judicial a la omnipotencia legislativa, siempre funesta para las Instituciones Libres. La decisión del legislador y la decisión del juez, tienen en rigor el mismo carácter; la decisión del juez no es sino un juicio particular, como la ley es fruto de un juicio general. Entonces, así como el legislador no está sometido a otra autoridad que la Constitución, lo mismo el Juez no debe estar sometido a otra autoridad que el poder constituyente. Imponer al juez la obligación de aplicar una Ley Inconstitucional es declararlo inferior al legislador, es colocarlo bajo su dependencia, es violar el principio de la separación de los poderes, siempre garantía de la libertad.

Por ello es lógico afirmar que la inconstitucionalidad de una norma jurídica surge indirectamente en razón de la preferencia o privilegio que el juez asigna a la norma básica, reputada como suprema. Lo contrario a la Constitución se tiene por inexistente. No es Ley, como acertadamente sentenció Marshall.

1.2. El fundamento jerárquico de la supralegalidad constitucional

La Constitución, por el papel que cumple dentro de la moderna organización del Estado, posee un triple fundamento de su supremacía¹⁵⁷:

a) Superioridad de *contenido*; por cuanto ninguna otra norma, dentro del mismo ordenamiento, puede poseer un contenido contrario al de la Constitución. De aquí se desprende la exigencia del control constitucional que busca precisamente salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico, manteniendo incólume el contenido de la normatividad constitucional, impidiendo que normas de inferior categoría puedan llegar a alterarla.

¹⁵⁷ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 65.

b) Superioridad de *forma*; por cuanto la expedición y reforma de los preceptos constitucionales exigen requisitos y procedimientos diferentes, mucho más exigentes que los previstos para las normas ordinarias.

c) Superioridad *sociológica*; que puede nacer del acatamiento y respeto brindado al texto constitucional, no sólo parte de los gobernantes, sino de los simples ciudadanos, bien porque se la considere el acta fundacional de la sociedad y del Estado, y porque ella es el resultado de amplios consensos políticos y sociales que le han dado existencia, como ha ocurrido con la mayoría de las Constituciones de la segunda posguerra en las democracias europeas. El carácter "consensuado" del constitucionalismo contemporáneo, hace más obligante la vocación de permanencia y estabilidad que se le asigna al texto constitucional, de suerte que eventuales mayorías futuras en los parlamentos o congresos no pueden alterar, sin más, los presupuestos convenidos mediante el pacto constitucional que dio vida a aquel.

La Constitución aparece así en el más alto escalón de la jerarquía de sistema y su superioridad con relación a las demás normas pasa a ser su característica formal. Se nos presenta, entonces, la Constitución como Ley suprema o fundamental; como la *Ley de Leyes*; como el fundamento obligado de todas las demás normas jurídicas, y como razón de validez de las disposiciones legales, acogiendo el planteamiento Kelseniano.

En esta perspectiva la Constitución adquiere, sin duda, un carácter sacralizado que coadyuva a su función legitimadora del ejercicio del poder, por cuanto, en razón de la salvaguarda de los derechos del ciudadano que necesariamente debería cumplir la actividad de los gobernantes se remite permanentemente a ella, extrayendo en esta forma continúa legitimidad para sus actos¹⁵⁸.

Conviene, con fundamento en los anteriores presupuestos, detenernos ahora en la más acabada teorización acerca de la supremacía constitucional elaborada por el jurista Kantiano Hans Kelsen, por su implicación no solo en el campo de la teoría

¹⁵⁸ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 84.

constitucional, son en el derecho penal a través de la llamada "Escuela Dogmática" o de la "tipicidad penal"¹⁵⁹.

Para el sistema Kelseniano, el derecho ofrece al investigador una dualidad de naturaleza¹⁶⁰:

- a) De una parte, como una de las formas de la conciencia social, el derecho es un verdadero sistema ideológico que refleja la realidad de manera distorsionada.
- b) El otro aspecto del derecho es el de ser una técnica de legitimación y coacción del poder político.

En este sentido el derecho no es una mera idealidad, simple sistema ideológico, sino que adquiere una eficacia particular en la medida en que regula comportamientos sociales, obedeciendo a distintos intereses socialmente relevantes (de clases, grupos o sectores de la misma sociedad).

Tal dualidad del derecho ha sido expresada por medio de las categorías Kantianas de "deber ser" y "el ser", que para el filósofo de Königsberg aparecen como contradictorias e irreconciliables¹⁶¹.

En el universo del "deber ser", el derecho se muestra como pura idealidad y la norma jurídica como esencialmente lógica, por obedecer a principios de universalidad y necesidad (lo racional es racional porque es universal y necesario).

Por el contrario, en el universo del "ser", de los hechos, de lo cambiante, las normas jurídicas pierden su carácter pretendidamente universal y su aplicabilidad es variable en sumo grado.

¹⁵⁹ Basta señalar al sistema de Kelsen como fundamento ideológico inmediato de dicha Escuela Penal, sin que podamos detenernos a probarlos por las exigencias de esta obra. Sería de esperar que los discípulos inconscientes de Kant y de Kelsen paguen el tributo de filiación, sin temor a que se les tache de "metafísicos".

¹⁶⁰ ÖHLINGER, Th., *Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica*, Academia de Viena 2003, México PUVB, 2005, p. 23.

¹⁶¹ Seguimos aquí los planteamientos de KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 1993, Ed. Porrúa, México, pág. 25 ss.

Las posiciones idealistas a lo largo del trasegar del pensamiento humano, han manifestado siempre horror por lo concreto, por cuanto éste se les presenta como lo mudable, lo cambiante y, por lo mismo, como sujeto al alzar y al caos. De ahí nace la tendencia a refugiarse en la pura idealidad (en el mundo de las ideas "puras", absolutas, v.g.: el topos uranio platónico; la concepción de los dos mundos de Parménides; la "causa última" que confiere racionalidad a una realidad cambiante caótica en el sistema de Aristóteles; la idea absoluta de Hegel, las categorías Kantianas).

Kelsen pretende ubicar el derecho en el universo del "deber ser", es decir, en el universo de las ideas puras, no contaminadas por la realidad. Para lograrlo considera:

a) Que el objeto de la "ciencia pura" del derecho ("pura" en el sentido de que los conceptos que emplea no provienen de la experiencia, pues son universales y racionales) es la norma jurídica.

b) El análisis de la norma jurídica, como objeto propio de la "ciencia" jurídica, está obligado a desembarazarse de todo contenido sociológico y psicológico. No interesa que disponga la norma. Basta que tenga los prerequisites de toda norma jurídica (derivación de otra norma de superior jerarquía). Igualmente es preciso rechazar toda consideración acerca de la finalidad que la norma pudiese pretender (justicia, igualdad, seguridad, etc.), cualquier referencia a contenidos sociológicos, psicológicos, éticos, etc., es rechazada por Kelsen por considerar que éstos son residuos meta-jurídicos que obstaculizan el avance de la ciencia jurídica. Como dice Cerroni, comentando el pensamiento kelseniano: "Toda investigación sobre la legitimidad moral o de justicia de la norma y sobre la efectividad histórica del ordenamiento, es extraña a la problemática lógico-científica de las disciplinas jurídicas..."¹⁶².

c) En consecuencia, la "ciencia pura" del derecho, ordenará por gradaciones las distintas normas jurídicas en razón de su logicidad y de manera sistemática (la

¹⁶² CERRONI, H., *Marx y el derecho*. México, Editorial Grijalbo. 1975, p. 44

célebre representación piramidal del ordenamiento jurídico), es decir, buscando limpiar de las escorias de la realidad a la norma jurídica.

d) Según lo anterior, unas normas derivan de otras hasta llegar a una norma superior (*grundnorm*), que para algunos interpretes de Kelsen es la constitución y para otros es un imperativo categórico, a la manera Kantiana, y que podría ser formulado en la siguiente forma: "debes obedecer a la norma jurídica". En este último caso, la Constitución, como norma jurídica, derivaría su validez, de dicho mandato categórico.

Ahora bien, el sistema Kelseniano entra en insolubles contradicciones lógicas (antinomias). En efecto, suponiendo que la Constitución es la que le da validez a todo el resto de normas (ordenamiento jurídico), cabría la pregunta ¿La Constitución es o no una norma jurídica? Si se responde afirmativamente, debe suponerse que tiene las características de toda norma jurídica, a saber, que deriva su validez y eficacia de otra norma jurídica. Pero en tal caso la Constitución dejaría de ser la norma última de superioridad. Si se responde negativamente, tendríamos entonces que la norma superior de la cual derivan todas las demás su validez no es una norma jurídica, en el sentido Kelseniano del concepto.

En estas condiciones la construcción de Kelsen encalla en una sin salida lógica que:

a) Si la norma superior no es una norma jurídica, no se entiende de donde recibe su validez, a diferencia del resto de las normas.

b) Si la norma jurídica superior deriva su validez de los hechos (pongamos por caso una revolución que instaura un nuevo ordenamiento jurídico), se pierde la pureza del derecho deseada por Kelsen con respecto a los fenómenos de la experiencia, que en tal caso serían un factor de producción de la norma jurídica.

c) Si se considera que la validez de la norma superior se funda en un imperativo categórico, se tiene entonces que el derecho como ciencia carece de autonomía con respecto a las demás ciencias y disciplinas ya que se ve obligado a acudir a

la ética para prestarle legitimidad a su sistema, lo cual repugna el postulado autonomista del derecho que Kelsen pretendió denodadamente fundar.

1.3. El fundamento político y legislativo de la supralegalidad constitucional

Además del fundamento jerárquico, los fundamentos más visibles de la supremacía constitucional, puede decirse que son dos: el político y el legislativo.

El *fundamento político* consiste en que la Constitución enuncia y consagra los valores constantes (libertad, justicia, paz, orden, seguridad, etc.) que constituyen los verdaderos y últimos sustentos de la comunidad nacional; o sea que la existencia de ésta se asienta en esos valores, que por eso mismo se convierten en primados de todos los demás. El legislador les da forma, a través de enunciados lógicos que convierte en preceptos jurídicos, como tales normativos, porque una vez sancionados por el Estado en nombre de la nación pasan a ser reguladores de la conducta social futura. Por lo cual las disposiciones ordinarias tienen que adecuarse a las fundamentales (constitutivas) contenidas en la Constitución, y por la cual el legislador común que da sujeto obligatoriamente a sus límites. Su misión no podrá ser otra que aquella que la nación haya especificado y consagrado en la Constitución, respetando sus presupuestos y sus restricciones.

Por otro lado, desde el mismo punto de vista político, esa supremacía deriva de que la Constitución es la que organiza los Poderes del Estado, estableciendo sus atribuciones y modo de funcionamiento, a través de un órgano exclusivo como es la Asamblea Constituyente. El legislador común tampoco tendrá, pues, facultad para modificar esa organización no se limite a fijar la competencia de cada Poder, sino que se verá obligado a respetarla en toda su pureza, ateniéndose obligatoriamente a la estructura estatal. Es decir, no le será dado alterarla. Por donde todo el derecho viene a quedar sujeto a los límites constitucionales establecidos, en especial en el caso de las llamadas

Constituciones "rígidas" o "pétreas" como la nuestra, convirtiéndose él mismo en un sistema de restricciones.

El *fundamento legislativo* de la supremacía de la Constitución surge de ella misma, al declarar ley suprema de la Nación, a través de un órgano específico que la representa y al establecer la jerarquía de las normas jurídicas según el orden en que deben ser aplicadas. La violación de tal jerarquía está sancionada de modo expreso con la ilegitimidad.

El análisis de la supremacía establecida a favor de la Constitución, con el objeto de explicar estos fundamentos, descubre en su trasfondo dos principios a los cuales la sociedad presta adhesión por su doble valor jurídico y político; el de la necesidad de dar estabilidad al derecho y el de la necesidad de que el derecho constituya un todo armónico. Ninguna de las dos cosas son posibles si las normas jurídicas que emanan de los diversos órganos del Estado no se ordenan hacia una fuente primera y preeminente, que contiene los principios estables y fundamentales a los cuáles adecuarse.

Si, en efecto, faltasen esos principios estables, el derecho positivo podría cambiar con una caótica celeridad, especialmente en un mundo que padece inflación legislativa, por la sucesión ininterrumpida de leyes contradictorias que traerían su secuela obligada de incertidumbre jurídica. Si faltasen los principios fundamentales, no habría modo de saber cuáles normas privan sobre otras, y consecuentemente, faltaría el criterio objetivo para tal determinación, haciéndose imposible la solución de todo conflicto que se suscitase por actos de distintos órganos. Los principios de abrogación y derogación no darían garantía alguna respecto de la estabilidad del derecho, aunque sí la darían respecto de la vigencia del derecho.

Mediante la Constitución y el establecimiento de su primacía, se logra que las leyes converjan hacia ella, en una radical exigencia de compatibilidad. Mediante ella la comunidad puede conocer en grandes líneas sintéticas el derecho básico que regula su existencia, con la seguridad de que el mismo no será inopinadamente transformado, bajo pena de invalidez de las normas que lo pretenden. Así, pues, mediante ella, el derecho

adquiere un mínimo grado de estabilidad y un mínimo grado de coordinación, indispensables para su propia vida y para la vida normal de la sociedad que rige.

La doctrina moderna de la supremacía presupone que el orden jurídico no es caótico ni desordenado, sino que el plexo se integra en una gradación jerárquica y escalonada que conoce planos subordinantes y subordinados.

Otra vez el descenso piramidal desde el vértice ocupado por la Constitución formal hasta la base, muestra que hay planos escalonados en cada uno de los cuales, la forma de producción jurídica y el contenido de ésta deben adecuarse a las prescripciones del plano antecedente, que marca a las prescripciones del plano antecedente, que marca las pautas al inferior, desembocando y remitiéndose todos a la instancia de la Constitución suprema. Esta jerarquía de los distintos grados del proceso creador del Derecho ha sido destacada por Kelsen, y resulta útil para el punto en estudio.

La imagen piramidal y escalonada del orden jurídico al estilo Kelseniano; la Constitución es suprema en cuanto encabeza ese orden jerárquico, situándose en su vértice o cúspide. Si la imagen se invierte, el resultado no cambia demasiado, el decir que es fundamento o la base del orden jurídico. De un modo o de otro, presidiendo desde arriba o dando apoyatura desde abajo, la Constitución es la normación primera y última de la cual deriva y en la cual se sostiene el orden jurídico, como estructura jerárquicamente escalonada.

Ello implica diversas consecuencias: a) La Constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico; b) la Constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo; c) La Constitución obliga a que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella; d) la Constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella.

Resumiendo, el orden jurídico, debe estar de acuerdo con la Constitución y no debe transgredirlo. Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad. El orden jurídico

que debe compadecerse con la Constitución, puede de hecho, y a veces presenta discordancias: son las inconstitucionalidades.

De alguna manera, sirve también para ser aplicada a las diferentes funciones del poder, que se reconocen en la tripartición clásica (legislativa, administración y jurisdicción), y para ubicarlas a partir de la Constitución (y con independencia de la importancia vital o del valor que esas funciones tengan) en estratos también escalonados inmediatamente por debajo de la Constitución a la legislación, luego a la administración, y por fin a la jurisdicción.

1.4. Garantías jurídicas de la *supralegalidad* constitucional

Como señala Duverger,¹⁶³ la Constitución escrita (norma fundamental en la estructura del Estado) es un instrumento de limitación de los poderes de los órganos del Estado, por cuanto todos los gobernantes deben conformar a ella sus actos. Asimismo, como manifiesta Gabaldón¹⁶⁴, la limitación del poder ejecutivo basada en una mera sensibilización de la opinión pública (y la acción de control de los partidos de oposición) es de por sí imperfecta cuando se producen transgresiones graves de la Constitución. Para que las Constituciones escritas limiten realmente a los gobernantes es necesario que exista un control de la constitucionalidad, es decir, que un órgano independiente tenga potestad para verificar y sancionar las violaciones de la Constitución.¹⁶⁵ Lo que en la práctica tendrá lugar respecto de la constitucionalidad de las Leyes votadas por el Parlamento, puesto que todos los demás actos de los gobernantes están a su vez subordinados a las Leyes. Y esta subordinación se asegura mediante el control de la legalidad de los actos administrativos.

¹⁶³ DUVERGER, M., *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Presses Universitaires de France, 1959. T.I. pág. 221 y ss.

¹⁶⁴ GABALDON LÓPEZ, J., “La Cuestión de inconstitucionalidad”, en *Administración Autonómica, Cuadernos de Derecho Judicial*, 4/1992, CGPJ, Madrid, pp. 463 -558

¹⁶⁵ *Ibidem*

La concepción de la Constitución como una *norma suprema* tiene como consecuencia necesaria e ineludible el establecimiento de una serie de garantías o mecanismos de defensa frente a posibles infracciones o agresiones. La existencia de sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes es una expresión concreta de estos mecanismos de defensa y su objeto es garantizar la primacía o superioridad de la norma constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La solución norteamericana (*judicial review*) como garantía del mencionado principio de supremacía constitucional, guarda una estrecha relación con el concepto mismo de Constitución. Como subraya De Otto, si consideramos la norma constitucional como una norma de eficacia directa "a aplicar por todos cuantos órganos estén llamados actuar en el ordenamiento" (y no sólo como un mandato al legislador), su consideración como una norma superior supondrá su aplicación a toda relación jurídica "junto a la Ley o incluso frente a ella"¹⁶⁶.

El deber de los jueces –argumentaba el Juez Marshall en la sentencia *Marbury vs Madison*- es declarar lo que es Derecho. "Si dos normas están en conflicto entre sí, los Tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una de ellas. Así, si una norma jurídica está en oposición a la Constitución, y si tanto dicha norma como la Constitución son aplicables a un caso particular, el Tribunal debe determinar cual de estas dos normas en conflicto regula el caso en litigio". Si la Constitución es norma superior a cualquier acto ordinario del Poder Legislativo, ésta y no las leyes debe ser aplicada para regular el caso en litigio"¹⁶⁷.

En el continente Europeo, la tradición jurisdiccional y la influencia del desarrollo dado por Kelsen a la concepción norteamericana de la justicia constitucional, modificaron dicho esquema y dieron lugar a la formación, iniciada en el periodo entre guerras, del sistema llamado de *jurisdicción concentrada*.

¹⁶⁶ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona. 1987, p. 76-78

¹⁶⁷ CARBONELL, M., "*Marbury vs. Madison*: una decisión histórica para la justicia constitucional", cit., p. 293.

En este sistema, el control constitucional de las leyes queda atribuido a un único órgano con tal fin, y cuya decisión tiene efectos generales, **erga omnes**, de forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, supone su expulsión *ex nunc* del ordenamiento jurídico.

Según la concepción Kelseniana, la Constitución no es una autentica norma superior de la que deriven derechos u obligaciones vinculantes para todos los ciudadanos y poderes públicos. La Constitución contiene únicamente mandatos o prohibiciones dirigidas al legislador. De ahí que no tenga eficacia directa, sino tan sólo para enjuiciar las leyes, ya que este es precisamente su objeto: regular la *creación de normas*, fundamentalmente la de las Leyes.

Para garantizar esta vinculación se crea un órgano especial, el Tribunal Constitucional, que tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes. De esta forma, como destaca García de Enterría, puede decirse que "solo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente" por la Constitución¹⁶⁸. La invalidez de la Ley es efecto, más que de la Constitución, del órgano facultado para la eliminación de aquellas normas incompatibles con la misma. En consecuencia, los Tribunales ordinarios quedan, en este sentido, vinculados tan sólo a la Ley y, por supuesto, a las decisiones del Tribunal Constitucional, en tanto en cuanto éstas supongan la expulsión del ordenamiento jurídico de algún precepto legal.

En este sistema, el control de constitucionalidad se concibe como un control abstracto de la actuación, que tiene su origen en un recurso directamente dirigido contra la Ley, y no como ocurre en el sistema norteamericano, con ocasión de su aplicación a un caso concreto. Ello permite limitar, a un número reducido de sujetos la legitimación para poner en marcha el procedimiento de impugnación de la ley, en concreto a órganos del Estado frente a la posibilidad de excepción que tiene cualquier ciudadano en el sistema de control difuso.

¹⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid. 1984, p. 105; y *La Constitución como una norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid. 1985, p. 60

La concepción Kelseniana pura de la jurisdicción constitucional fue muy pronto modificada, y en la actualidad no se aplica ni siquiera en su país de origen.

1.5. Naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad

El tema de la naturaleza de la inconstitucionalidad puede plantearse básicamente, desde dos puntos de vista diversos, aunque compatibles y complementarios:

- a) Desde el punto de vista de su origen, es decir, de su relación con el proceso concreto en el cual se plantea.
- b) Desde la perspectiva de su objeto o finalidad, perseguida mediante un mecanismo de control de constitucionalidad.

En cuanto a su origen procesal, se trata de una cuestión de carácter prejudicial devolutiva, que se plantea en un proceso jurisdiccional concreto y cuya apreciación por el juez obliga a éste a suspender la resolución del caso en tanto no se resuelva la cuestión planteada ante el Tribunal Constitucional (Corte Suprema de Justicia).

La *prejudicialidad* –señala Fenech-, es un fenómeno jurídico de carácter general que se produce por la relación y conexión entre las distintas ramas del Derecho y la unidad del ordenamiento jurídico. Su existencia supone que, al juicio de derecho que se aplica en la decisión final, que solamente tiene en cuenta determinado tipo de normas, debe preceder de manera imprescindible la resolución de una cuestión, afectada por normas de distinta naturaleza, en virtud del nexo lógico existente entre ambas. Esta cuestión se conoce en otro proceso, también de naturaleza jurisdiccional, y, cuando se trata de una cuestión de carácter devolutivo, ante un tribunal distinto de aquél que conoce del proceso en el cual tal efecto se produce¹⁶⁹.

Desde la perspectiva de su objeto, la inconstitucionalidad se concibe como un instrumento más del control de la constitucionalidad de las leyes. Su finalidad última es,

¹⁶⁹ FENECH NAVARRO, M. *El proceso penal*. Tecnos, Madrid, 1978, p. 384 y 391; PÉREZ GORDO, A; *Prejudicialidad*, Tecnos, Madrid 1981, p. 30-33

por tanto: asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución (mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen estos límites). Este objetivo puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada. Por otro lado, también es de destacar que en este mecanismo de defensa de la Constitución se produce una importante colaboración de los órganos de la jurisdicción ordinaria con el Tribunal Constitucional (Corte Suprema de Justicia). Colaboración que es necesaria u obligada debido al principio de constitucionalidad, que implica la superioridad del texto constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico, así como la sujeción de los jueces a dicho texto fundamental, frente a la imposibilidad o incompetencia de éstos para valorar la posible inconstitucionalidad de una norma legal.

La concepción de esta vía como un instrumento para tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas, es importante a los efectos de su *efectividad*. La cuestión actúa en el momento dinámico de la interpretación del ordenamiento, lo que permite la depuración continua del mismo desde el punto de la vista de la constitucionalidad, frente a la interpretación estática de otros recursos.

También es importante considerar la inconstitucionalidad como un instrumento de garantía de los derechos subjetivos. Al respecto, no puede descartarse que en el planteamiento de muchos problemas de inconstitucionalidad se halla la defensa de los intereses subjetivos de partes enfrentadas, ante los efectos que la aplicación de una Ley inconstitucional puede causarles. No debe olvidarse, sin embargo, que el objeto de la cuestión no es la protección de un derecho particular, sino la eventual declaración de conformidad o inconstitucionalidad de una norma con la Constitución.

En definitiva, es evidente, que la vigencia de intereses subjetivos está presente en toda cuestión, y que dichos intereses se verán irremediamente afectados por la decisión de cualquier Tribunal, pero tampoco puede olvidarse que la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional, al resolver, no le corresponde apreciar la existencia, o no, de estos intereses, sino la defensa objetiva de la Constitución.

2. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Como venimos afirmando, la exigencia del control constitucional es una consecuencia del principio de la "supremacía de la Constitución". En efecto, ella trata de garantizar que la Constitución no sea modificada por normas de inferior jerarquía o abrogado aquellas leyes o disposiciones del legislativo o del ejecutivo que resulten contrarias a los preceptos constitucionales.

Es evidente que una Ley o un acto de gobierno que pugna contra los cánones de la Constitución implica una alteración del propio texto constitucional. El control constitucional está destinado, por tanto, a impedir que las modificaciones a la Carta ocurran al margen de los presupuestos y requisitos que ella misma establece para la revisión.

La institución del control constitucional busca, pues, conservar la intangibilidad de la Constitución como marco legal superior de la acción de los gobernantes, es decir, como instrumento de licitación al ejercicio del poder político.

Sostienen los tratadistas que la actividad del órgano controlador se limita a comparar la doble relación, formal y material, entre la norma presuntamente vulneratoria y los preceptos constitucionales, a fin de deducir su concordancia o incompatibilidad. Es, pues, teóricamente hablando, un *control jurídico*, puramente formal, que para nada tiene en cuenta los factores de conveniencia u oportunidad que hubiesen animado al legislador o al gobierno para expedir el acto acusado de inconstitucional¹⁷⁰.

Con todo, teniendo en cuenta que dicho control, a través de la interpretación jurisprudencial, entra a definir el ámbito de acción de los órganos e instituciones

¹⁷⁰ LÓPEZ GUERRA, L., "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá" en *Justicia Constitucional Comparada*. Ed. UNAM. México. 1993, p. 78.

políticas, sus mutuas relaciones, el alcance, capacidad y eficacia de sus actos, etc., resulta indubitable que dicho control es también un *control político*, en contra del parecer de quienes pretenden circunscribirlo a una actividad "puramente jurídica", como si lo jurídico pudiese desligarse de lo político, del cual es su producto e instrumento legitimador.

De acuerdo a esta posición, Lowenstein sostiene: "El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por su propio derecho en detentadores semejantes, cuando no superiores a los otros detentadores del poder instituidos"¹⁷¹.

La labor de producción, interpretación y aplicación de las normas no ocurre en un "espacio vacío", al margen de los afanes y conflictos de la sociedad, a pesar de la pretensión de generalidad y abstracción características del Derecho moderno. La norma jurídica no es algo aislado, sino que sus valores derivan de la realidad social en la que se produce y sobre la que se proyecta; por consiguiente, el juez o tribunal, al aplicar la norma al caso concreto, está reproduciendo, consciente o inconscientemente, ese núcleo de valores que la norma asume y representa.

¹⁷¹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*. Ediciones Ariel, Barcelona 1989, España, p. 309. Desde luego, resulta necesario tener en cuenta la *autonomía relativa* de la producción jurídica, que en su desarrollo puede entrar en contradicción con otros niveles de la vida social, produciendo "desfases" generadores de tensiones y conflictos entre los órganos del poder. Por ejemplo, es evidente que el "*habeas corpus*" jurídico penal se desarrolla a partir de principios tales como el de la tipicidad y legalidad de los delitos y las penas, la presunción de inocencia del inculcado, las formas y ritualidades del debido proceso, etc.; principios que entran en permanente contradicción con las necesidades de mantener el orden público y la "legítima defensa del Estado" (novedosa figura que ha sido invocada en algunos estados para legitimar los crímenes y la violación de los derechos humanos por parte del poder político), en etapas del desarrollo social de algunos países, caracterizados por la exacerbación de los conflictos en todos los órdenes. Así se producen disensiones entre los jueces, encargados del control constitucional, todavía atados a los principios "clásicos" del derecho penal y los agentes de gobierno, más preocupados de hacer prevalecer concepciones "carcelarias" de la sociedad, donde la disciplina y el orden estén perfectamente garantizados. Pero las disensiones pueden ocurrir también entre los jueces "legalistas" y los jueces expertos en derecho público, que participan muchas veces de un "alto sentido estatal" y que por lo mismo se identifican con los propósitos restrictivos de las libertades que animen a los agentes gubernamentales.

La interpretación constitucional hecha por los jueces no es, pues, en forma alguna, una actividad aséptica, neutral y puramente técnica. En este campo, más que en ninguno otro del derecho, la labor jurisprudencial es eminentemente "interesada" (consciente o inconscientemente), y por lo mismo plenamente *política*.

2.1. Los mecanismos de control constitucional

La doctrina de la supremacía de la Constitución es una construcción elaborada en el plano de los principios, que formula un deber-ser, y que se incorpora así al plano de la legalidad constitucional. Pero si no pone en marcha algún mecanismo específico que la haga efectiva, corre riesgo de ineficacia y de falta de practicidad.

En efecto, cuando la Constitución, que no deber ser violada, lo es, se torna menester recuperar la supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad y nulificar a ésta mediante algún sistema.

No se trata ya de definir un mero principio como el de la *supremacía*, por muy trascendental que éste sea, sino de arbitrar una técnica para que la supremacía opere.

En sentido amplio esta técnica es una *garantía*, es decir, un procedimiento de reaseguro para la supremacía de la Constitución. El mecanismo y el sistema aludidos, implican lo que se denomina el *control constitucional*, o la revisión constitucional, o la defensa constitucional o la jurisdicción constitucional. Bajo cualquier nombre se trata de una verificación o fiscalización que tiende a detectar si la Constitución ha sido trasgredida, y a emitir un pronunciamiento afirmativo o negativo, con algunos efectos que dependen del sistema.

Se trata, pues, de arbitrar una técnica para que la supremacía opere. Y como esta supremacía ha sido pensada en el constitucionalismo moderno para protección de los

gobernados, el mecanismo de control de esa supremacía se convierte, en una garantía en pro de los ciudadanos¹⁷².

Una de las manifestaciones más importantes del derecho procesal constitucional, por no cifrarla como la de mayor trascendencia, es justificar y sistematizar el control de la constitucionalidad de las leyes. Para ocuparse de tales roles, es preciso asignar la metodología de actuación de acuerdo a los sistemas reconocidos en el derecho comparado como difusos o concentrados.

Es decir, bien dándole oportunidad a "todos los jueces" para que concreten la fiscalización de la supremacía fundamental; o bien, creando tribunales especiales en la órbita o no del Poder Judicial para que celebren la misma función.

Entre unos y otros hay diferencias plenas, como en las definiciones que se suele utilizar para caracterizar las respectivas dinámicas de intervención.

Algunas de esas particularidades distintivas están en el efecto que tiene la norma controlada en su ajuste constitucional, pues cuando la interpretación proviene de la *jurisdicción ordinaria* se requiere la existencia de un caso concreto que haya planteado la inconveniencia, un interesado directo que tenga calidad de parte, una serie de ritualismos técnicos y, lo que interesa destacar, el fin que se obtiene es la inaplicabilidad de la ley al caso, pues la cosa juzgada no se proyecta hacia toda la sociedad.

En cambio, el control por medio de tribunales constitucionales es *preventivo*. La norma no se aplica hasta que se confronta su legitimidad, y de ser incompatible con la supremacía signada, se la declara inconstitucional, prohibiendo en más su aplicación con efectos *erga omnes*.

Las alternativas oscilan, pues, entre las metodologías que utilizan los Tribunales Constitucionales y la correspondiente a los jueces ordinarios. Mientras los primeros intervienen cuando se comprueba la posible colisión de la norma con el texto constitucional, evitando que se aplique hacia el futuro (actividad preventiva); los otros

¹⁷² LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 309

opera "a posteriori", esto es, obran sobre el hecho concreto y acusado de inconstitucionalidad (actividad reparadora).

Uno y otro sistema, en su faceta técnica o procesal, tienen su propia peculiaridad. Veamos el fundamento jurídico de la actuación de ambos modelos.

2.2. El control judicial directo sobre la constitucionalidad de las normas

Este modelo de control suele plantearse, en los sistemas continentales en los que se verifica, desde dos exigencias fundamentales: en el estricto contexto del "caso" que se presenta ante el juez y con el estricto alcance que contiene la "petición de parte". Ambas exigencias obran como condicionantes directos para el control de constitucionalidad.

Quizá, el temor de convertir en legisladores al estamento judicial, como también el posible desborde del poder en cuestiones que, aparentemente, quedarían fuera de su órbita, sirvieron para que numerosas legislaciones apoyaran la exclusión de los jueces de la revisión judicial cuando no existiera el pedido concreto de parte interesada y fuese ésta propuesta en un "caso" concreto, y no basado en la esperanza de obtener respuesta doctrinales¹⁷³.

La restricción al "caso concreto" significa y exige la abstención de pronunciarse en cuestiones abstractas, o puramente académicas.

Si bien es cierto el argumento nuclear de la posición restrictiva, se funda en la inadmisión de la injerencia de un poder en el territorio de otro de los poderes del Estado, a no ser que exista una impugnación alegada y probada en el juicio; también lo es que los jueces deben velar por la supremacía constitucional, de manera que el silencio de las partes no les impide obrar en tal dirección porque preexiste en ellos un deber

¹⁷³ CAPELLETTI, M., "El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes", en *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007 p. 41.

fundamental del que son investidos como representantes del Estado en los conflictos entre los hombres¹⁷⁴.

La unidad de todo ordenamiento jurídico obliga a determinar la supremacía de las normas constitucionales. Así, entonces, si el derecho es un sistema en el cual las normas de menor jerarquía se nutren de las superiores, no se advierte cómo se podría practicar un corte horizontal del ordenamiento inmediatamente por debajo de la Constitución, de modo que, ante el silencio de las partes, los jueces pudieran aplicar el derecho de menor nivel ignorando el de mayor jerarquía.

De esta forma, en lugar de formularse la cuestión como referida a si se puede declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos, etc., sin petición de parte, debería presentársela en términos de si pueden las partes obligar a los jueces a aplicar normas incompatibles con la Constitución.

Siendo el ordenamiento jurídico un todo inescindible, que se visualiza desde el atalaya de la norma fundamental, ningún tema de aplicación de normas puede sujetarse exclusivamente a las argumentaciones de las partes, porque rompería el compromiso del juez con el principio "*iura novit curia*", efectuando al mismo tiempo una renuncia expresa al deber jurisdiccional de fundar las sentencias en derecho.

Por tanto, así como la regla referida al "*iura novit curia*" impide que en dos casos iguales se apliquen normas distintas, así también impide que en un caso se desplace la norma inconstitucional por así haberlo peticionado una parte, mientras que en otro caso idéntico dicha norma resulte aplicada por el mismo tribunal en función de no haberse argumentado su inconstitucionalidad¹⁷⁵.

La hipótesis rebasa el protagonismo académico, y obliga a responder otros resabios de oposición.

Si dice que el juez no puede apartar su pronunciamiento del marco propuesto por la demanda y su contestación. Sin embargo, cuando el juez declara inconstitucional una

¹⁷⁴ Ibid., p. 42.

¹⁷⁵ CAPELLETTI, M., "El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes" cit., p. 46

norma sin tener la petición oportuna de las partes, no sentencia *extra petita*, ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución, desde que, con la salvedad apuntada cuando nos referimos a la necesidad de establecer una casación como fórmula para la uniformidad jurisprudencial, el derecho –Constitución, inclusive- no es una cuestión que pueda no ser sometida a juicio sin transgredir el derecho a la defensa, pues, la constitucionalidad o no de una norma no es imprevisible y no requiere debate previo.

Si las normas supremas de un Estado se asientan en los predicados de sus leyes fundamentales, no sería lógico tolerar un desplazamiento de ellas por la ausencia de un requisito absolutamente formal. La Constitución está dentro del sistema, y no fuera de él; consecuentemente, toda sentencia debe asegurar el imperio de la supremacía, con independencia de la voluntad de las partes, sin perjuicio de las renunciaciones y demás comportamientos de los litigantes que, a su vez, tengan suficiente apoyo en la propia Ley Fundamental.

Existe posibilidad para que el Juez aborde uno de los deberes de su oficio sin necesidad de contar con la petición expresa de las partes.

Los problemas que pertenecen al proceso se refieren al ámbito de la *litis contestatio*, y siendo obligación del magistrado fallar con arreglo a las cuestiones deducidas, podrá o no controlar la constitucionalidad de la norma según se le haya o no acusado en los escritos postulatorios.

Pero como es del caso prever el posible error en el derecho invocado, el Tribunal puede por la vía del derecho invocado, del "*iura novit curia*", desplazar el planteamiento de partes y sentenciar conforme al derecho que entienda correcto.

Los encuadres de derecho no necesariamente son señalamientos legales; puede ocurrir que un justiciable funde su acción en un título propietario, cuando lo único que tiene es un derecho posesorio: solución que fácilmente resolverá el intérprete del caso. En cambio, si la pretensión se funda sobre los derechos que una Ley otorga y la contestación repugna por inconstitucionalidad los alcances del precepto, es obvio que

aquí la resolución versará según lo mejor o menos calidad de la norma para decidir en el asunto tratado. Pero si el demandado silencia el vicio, ¿puede el Juez consentir la omisión?; ¿es ello, propiamente, una renuncia?

Lo fundamental radicaría en el poder interpretativo del Juez. Entre sus funciones jurisdiccionales se halla la de evitar el abuso del derecho, de modo tal que si se considera que la norma de que se trate, sin eficacia vinculante para las partes por estar inficionada de legalidad, bien puede desaplicarla, aunque los propios interesados no lo hayan requerido.

El principio será que cuando los tribunales deben aplicar una ley en sentido material, lo primero que deben establecer es su conformidad con las normas fundamentales (Constitución y Derechos Humanos), de suerte que si hay colisión de conceptos, si repugna la Ley a los principios cardinales, los magistrados deben declarar inaplicable la Ley cuestionada y no cuestionada.

En cuanto a la renuncia, habría que identificar la naturaleza del conflicto.

No se debe perder de vista que el contenido de la función judicial es responder con justicia a las controversias de intereses que los particulares exponen; de modo que si la disputa versa sobre intereses disponibles, nadie mejor que las partes para señalar el ambiente en el cual quiere ventilar su problema; la conformación puede ser entendida como un consentimiento a la Ley que rige el tema en particular, muy a pesar de la tacha de inconstitucionalidad que pueda el juez encontrar.

En cambio, si la controversia resuelve cuestiones de interés público, razonable sería afirmar que no es admisible la renuncia del titular del derecho consagrado por esa norma y, en consecuencia, el juez puede de oficio declarar la inconstitucionalidad del precepto que se le opone.

El matiz político que se ilumina en este polémico tema, tiene en los ordenamientos una concreción más restringida, ya que sólo atiende a la tutela jurisdiccional.

Por eso cualquier atisbo de redimensión se acusa como "*gobierno de los jueces*", precisamente por temor a que en el ejercicio de la anulación se introduzca valoraciones de naturaleza política, o de análisis al poder discrecional del Congreso.

De todas formas, la preocupación por evitar una interferencia del Poder Judicial en el territorio de los demás poderes o del desequilibrio que consecuentemente provocaría, se diluye rápidamente al comprender que el pronunciamiento que tildó de inconstitucional una disposición, sólo ha efectuado un proceso de adaptación de la norma inferior a la superior, satisfaciendo un sentido político objetivo contenido por la ley fundamental.

Por eso es cuando el juez interpreta la norma, más bien el ordenamiento constitucional en su conjunto, debe equilibrar la vida interna de los preceptos (esto es, la voluntad y espíritu de las leyes) con la sociedad donde deben actuarse, teniendo en cuenta que la penetración de las ideas no tienen un patrón determinado y que los valores que reposan en las Constituciones, lejos de ordenar un sistema de derechos esenciales, en realidad son el equilibrio actuante de una sociedad que necesita de sus jerarquías para convivir con orden y respeto.

2.3. La actuación propia de los Tribunales Constitucionales

Originariamente, los tribunales constitucionales que sirvieron al modelo concentrado, fueron estructurados no como tribunales de justicia, propiamente dichos, sino bajo el dominio de la función política que venían a cumplir.

Para Kelsen, el Tribunal de Garantías no debía enjuiciar hechos concretos, sino compatibilizar las diferencias entre normas abstractas como eran la Ley y la Constitución.

La premisa conductiva era que cuando se planteara alguna dificultad constitucional, sea por aplicación, confusión, interpretación u otras cuestiones de similar

naturaleza, el órgano que viniera entendiendo debía abstenerse de continuar para remitir la causa al Tribunal Constitucional a efectos de su esclarecimiento.

La consecuencia de esta construcción, en opinión de García de Enterría, es que "el Tribunal Constitucional no será propiamente un órgano jurisdiccional, una expresión del Poder Judicial, puesto que no aplica normas previas a hechos concretos, sino que en cuanto limita su función a declarar si una ley es o no compatible, es un órgano legislativo, un órgano que abroga leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* que tiene, pues, el Tribunal Constitucional un legislador, sólo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo..."¹⁷⁶.

Pero esta figuración inicial fue despojándose de esos preconceptos apasionantes para convalidar competencias mayores que se reflejan en las magistraturas especiales que en adelante fueron creadas. El modelo donde abreva la ampliación fue, sin duda, el sistema americano y su jurisprudencia transformadora y ejemplar¹⁷⁷.

En tal sentido se reconocen tres formas principales de actuación: a) el control normativo preventivo; b) el control represivo por medio del recurso directo de inconstitucionalidad; c) el control por vía incidental mediante los planteamientos de inconstitucionalidad deducidos en una causa común, o por vía de promoción de procesos constitucionales (amparo, habeas corpus, etc.).

Por *control preventivo* se debe entender la posibilidad de que los órganos de justicia constitucional se pronuncien sobre el ajuste de los textos normativos al principio de la supremacía, a cuyo fin intervienen antes de que éstos entren en vigor. Esto es, que

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como una norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 161.

¹⁷⁷ En Europa la Justicia Constitucional evolucionó sobre dos modelos elementales: el francés y el austriaco, según fuera el control a través de un organismo básicamente parlamentario que rechaza toda fiscalización ajena a la del propio poder legislativo, de forma tal que el cuerpo de control es político y, obviamente, no judicial (Consejo Constitucional). O a través del mecanismo diseñado por Hans Kelsen, que asigna a un Tribunal específica la práctica y tutela de la Supremacía de las cartas magnas, tal como sucede en Italia, Alemania o España, entre otros.

actúan a priori, antes de que finalice el proceso de sanción, promulgación y publicación de la Ley.

Ocupa también a los proyectos de ley que no tienen aún vocación por las cámaras legislativas, y cuenta con la ventaja de impedir datos derivados de la vigencia de una norma inconstitucional.

Otros autores señalan que el control preventivo puede presentar serios inconvenientes, "puesto que su misma finalidad consiste en evitar la vigencia de normas legales inconstitucionales, el planteamiento del recurso o acción de inconstitucionalidad supone la interrupción del proceso de aprobación y entrada en vigor de una norma, en tanto no se produzca el correspondiente pronunciamiento del órgano de justicia constitucional. Ello puede suponer una invitación a maniobras dilatorias, a efectos de retrasar la entrada en vigor de leyes aprobadas por el órgano legislativo, mediante su impugnación previa, por parte de los grupos políticos situados en minoría en el cuerpo legislativo"¹⁷⁸.

En España el modismo se incluye en el artículo 95.2 de la Constitución cuando especifica que "el gobierno o cualquiera de las cámaras podrá requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no contradicción entre la Constitución y un tratado para el que se propone la adhesión de España".

Un sistema similar, con diferencias, tiene Francia en su Consejo Constitucional, el cual asume competencia preceptiva anterior a la promulgación de las normas, o requerido por el trámite parlamentario, o por la iniciativa de algún otro órgano habilitado al efecto.

La "*consulta de constitucionalidad*" es una variable que se aproxima bastante a estos sistemas, y se introduce, por ejemplo, en el modelo implementado en Costa Rica, el cual admite que el requerimiento se presente por la Asambleas Legislativas respecto a todo proyecto de reforma de la Constitución Política, o de modificación de la Ley de

¹⁷⁸ LÓPEZ GUERRA, L., *Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá en Justicia Constitucional Comparada*, cit., pág. 78.

jurisdicción constitucional, o para la aprobación de convenios o tratados internacionales, o simplemente para consultar sobre la constitucionalidad de leyes comunes que estén en vías de promulgarse.

Asimismo, este modelo permite que el control *a priori* se viabilice mediante la petición de la justicia ordinaria como una forma de proteger el debido proceso constitucional y evitar perjuicios subsiguientes si la norma aplicada fuera estimada inconstitucional.

Las diferencias surgen por los efectos que cada mecanismo produce.

Cuando la actuación preventiva es meramente consultiva el dictamen constitucional puede o no vincular al órgano político.

La jurisdicción constitucional vigente en Guatemala, por ejemplo, permite que la Corte emita opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado. La actuación es a título de consejo, no hay control de constitucionalidad *strictu sensu*. De todas maneras, la fuerza de opinión es absoluta y, aun sin tener carácter obligatorio, la sugerencia cuenta con gran respaldo institucional.

En otros supuestos, la intervención previa del Tribunal Constitucional es preceptiva y obliga en sus resultados.

Se trata, propiamente, del "veto judicial" mencionado. Es el modelo que siguen las magistraturas de El Salvador, Panamá y Costa Rica, entre otras.

En cambio, el dictamen del Consejo Constitucional respectivo puede ser preceptivo, pero sin fuerza vinculante. El caso representativo es el de Honduras (artículo 216, Constitucional), según el cual "si el veto se fundare en que el proyecto de ley es inconstitucional, no podrá someterse a una nueva deliberación sin oír previamente a la Corte Suprema de Justicia; ésta emitiría su dictamen en el termino que el Congreso Nacional le señale.

El siguiente tipo de control que actúan los tribunales constitucionales obedece a la fiscalización o *control represivo*.

Las formas como sirven, parten del interés provocado por la instancia individual, habitualmente llevadas por la vía del recurso directo o de inconstitucionalidad; o bien, mediante la presentación indirecta planteada por el incidente de inconstitucionalidad o, en su caso, por la excepción de igual carácter.

También, indirectamente, la cuestión constitucional podría deducirla el juez ordinario que entiende un problema de aplicación no norma supuestamente inconstitucional a cuyo fin puede derivar el caso al tribunal especializado.

Finalmente, los Tribunales constitucionales desenvuelven el control de la supremacía y el desarrollo de los derechos fundamentales, por medio de los llamados procesos constitucionales, donde el amparo y el hábeas corpus tienen preeminencia.

3. EL MODELO *JURISDICCIONAL* DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La doctrina de la supremacía de la Constitución formal, y su técnica de control judicial es una elaboración propia del Derecho norteamericano, no obstante, la Constitución formal de los Estados Unidos carece de norma expresa acerca del control, existiendo, en cambio, un artículo, en el que se consigna el orden de prelación del orden jurídico, y se lo encabeza con la Constitución.

Hay, además, normas constitucionales que confieren al Poder Judicial Federal, la competencia para entender en los casos que surjan bajo la Constitución, las Leyes y los Tratados, y que se emplean para colocar cualquier precepto de la primera bajo la interpretación de los Tribunales, así como otras que obligan a los jueces a prestar juramento de sostener la Constitución.

Coordinando esta pluralidad de prescripciones, el Derecho Judicial norteamericano, arribó a la construcción de una teoría conforme, a lo cual los Tribunales tienen obligación –en causas judiciales- de declarar nulos los actos del Congreso o de los Estados que son repugnantes a la Constitución Federal. Tal es la doctrina de la "judicial review", o revisión judicial de constitucionalidad, fundada en la interpretación de la Constitución, pero sin norma explícita habilitante.

Cuando en 1803, se sentencia por la Corte Suprema Federal el célebre caso "Marbury vs. Madisón", el Juez Marshall sostiene que si una ley en oposición a la Constitución, y ambas se aplican a un caso particular, el Tribunal debe decidir: a) o aplicar la ley dejando de lado la Constitución; b) o aplicar la Constitución dejando de lado la Ley, es decir tiene que determinar cual de las dos normas en conflicto, rigen el caso¹⁷⁹.

Esto es de obligación judicial. Y si los Tribunales han de observar la Constitución y ésta es superior a la ley, quienes controvierten el principio de que el Tribunal debe considerar a la Constitución como ley suprema se ven constreñidas a sostener que los jueces deben cerrar los ojos a la Constitución y ver solamente la Ley.

Esta doctrina –añade Marshall- subvertiría el fundamento de las Constituciones escritas, y declararía que una ley de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno es enteramente inválida, resulta, sin embargo y en la práctica, enteramente obligatoria.

Declararía que si la legislatura hiciera lo que le está expresamente prohibido, tal ley, no obstante la prohibición, sería en realidad eficaz.

Con este razonamiento casi silogístico, la Corte Americana edificó el control judicial difuso, a cargo de todos los Tribunales de justicia, en la medida que deben resolver causas judiciales, y en que dentro de las mismas se verifica la colisión apuntada por Marshall entre la ley aplicable al caso y la Constitución.

¹⁷⁹ Es una aplicación del principio lógico de contradicción, según el cual dos normas contradictorias entre sí no pueden ser ambas válidas a la vez, una de ellas no es válida. El argumento de Marshall señala cual es la que no tiene validez.

El armazón de esta creación judicial incorporada definitivamente al Derecho Constitucional de Estados Unidos, y expandida desde el territorio norteamericano extraterritorialmente al Derecho Comparado, cuenta con varias piezas:

- a) la Constitución escrita y rígida es suprema;
- b) las leyes contrarias no son verdaderamente leyes, no valen como tales, porque implican materialmente una reforma indebida a la Constitución;
- c) los Tribunales judiciales deben decidir el conflicto en el marco de la competencia, de la causa que tienen la resolución;
- d) si una ley infringe a la Constitución es deber de los Tribunales rehusar su aplicación al caso bajo decisión;
- e) de no hacerlo, se destruye el fundamento de la Constitución.

Dentro de este lineamiento, el control judicial norteamericano da por cierto que la judicatura no actúa de oficio, es decir, mientras no hay causa concreta planteada ante sus órganos y la declaración de inconstitucionalidad no debe pronunciarse si no hay certeza de la incompatibilidad entre la Ley y la Constitución. El efecto de la declaración de inconstitucionalidad se circunscribe a no aplicar la norma al caso, pero atento el sistema de fallar las causas conforme al principio del "*stare decisis*", puede decirse, en cuanto a la vigencia sociológica de la ley, que aquella declaración de inconstitucionalidad impediría su aplicación a casos análogos futuros.

Es por eso que García Pelayo afirma que una norma federal declarada inconstitucional por la Corte Suprema pierde su validez en todo el territorio de la Unión. Y entiende que la práctica constitucional impone al Poder Ejecutivo no aplicar más una Ley calificada por la Corte como inconstitucional¹⁸⁰.

3.1. Naturaleza jurídica común del *control jurisdiccional*

¹⁸⁰ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Tecnos 1993, II, p. 341.

No es inútil esclarecer someramente, tomando en cuenta la pluralidad de sistemas de control que conocen la doctrina y el derecho comparado, y pese a esa misma pluralidad, cual es la naturaleza jurídica de este modelo de control.

Se dirá que es difícil o imposible, porque procesalmente no es lo mismo la acción de inconstitucionalidad que la vía incidental o de excepción, como no lo es la jurisdicción concentrada (afín a la cuestión prejudicial de constitucionalidad) y la jurisdicción difusa. Pero salvadas las diferencias, quizá haya una base común a todas las modalidades del control, al menos cuando éste responde a un sistema jurisdicción y no político. Y hay que buscar esa base común.

En una aproximación inicial, la naturaleza jurídica común radicaría, seguramente, en la proyección del principio de supremacía constitucional para defensa de la Constitución, en orden a frustrar –con cualquier alcance que sea según el sistema que se compute- la aplicación de una norma o un acto inconstitucionales.

Habría, pues, en primer lugar, la *inaplicabilidad*, aun cuando el control se adelantara a la vigencia de la norma (impidiendo, por ej. que la ley se promulgara), y aun también cuando, vigente cupiera decir que, por la abrogación de la norma general, más que de inaplicación (a un caso) se trataría de retirar por derogación su vigencia del orden normativo (para todos los casos).

Tal vez, esa misma inaplicabilidad equivaldría a una nulidad o invalidación (de nuevo, con efectos variables; ínter partes, o *erga omnes*).

Que en todo ello haya interpretación, aplicación, integración, etc., es otra cuestión, y es verdad, pero toda la gama de posibilidades que hace a la legitimación para provocar el control, a las vías procesales, a los efectos de la declaración, etc., no alcanzan a cambiar o alterar la naturaleza común de todo tipo de control. Aclarando otra vez que esto lo circunscribimos especialmente al control jurisdiccional de constitucionalidad. Quizá la cuestión algo difiere de enfocarse el control por órgano político, que puede asumir naturaleza consultiva en algunos casos; y también de abarcarse la jurisdicción

constitucional cuando toma a su cargo el juzgamiento de crímenes contra la Constitución cometidos por gobernantes, o el enjuiciamiento político de los últimos.

Una palabra sobre el control como interpretación judicial. El control a cargo de la jurisdicción constitucional se moviliza muy intensamente la interpretación constitucional; todo control jurisdiccional constitucional; todo control jurisdiccional requiere siempre interpretación constitucional, y toda interpretación constitucional cumple siempre un rol de control; pero se minimizaría la naturaleza del control jurisdiccional si se la limitara a una identidad con la mera interpretación. Más bien, aunque sea difícil encontrar las palabras exactas, se dirá que el control tiene siempre una naturaleza defensiva de la supremacía constitucional, que bien admite su inclusión entre las garantías que la protegen.

No todo control ni toda interpretación constitucionales concluyen en la aludida inaplicación, o sea, no siempre tienen como resultado final una declaración de inconstitucionalidad. Hay control e interpretación que, a la inversa, salvan la constitucionalidad de una norma o un acto que parecía colisionar con la Constitución.

La naturaleza jurídica del control constitucional, a cargo de la jurisdicción constitucional consiste, en la defensa de la Constitución y su supremacía, mediante la asignación, por interpretación constitucional, de un sentido objetivo a la misma Constitución, y al orden infraconstitucional que se confronta con ella dentro de un sistema jerárquicamente escalonado. Y ello tanto si se llega a la inaplicación por descalificación de inconstitucionalidad como si no se llega a ese resultado.

3.2. Los órganos específicos del control jurisdiccional

El sistema jurisdiccional sitúa al control en el área de la administración de justicia o jurisdiccionalidad propiamente dicha.

El control de constitucionalidad de las leyes por medio de los jueces reconoce plena confianza en la función jurisdiccional.

Su origen se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica aun cuando no se hayan encontrado antecedentes en algunos fallos del Consejo Privado de la Corona Británica, fiscalizando las actividades de los Tribunales de la colonia inglesa.

Según Fix Zamudio, además de "este control sobre los Tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial, la doctrina del famoso magistrado inglés Lord Edgard Coke, contenida en el clásico asunto de Thomas Bonham, resuelto en el año 1610, y si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogida por los jueces coloniales norteamericanos, señalándose que en el año 1657 los Tribunales de Boston estimaron en forma clara que de acuerdo con la tesis sustentada en el citado caso Bonham, tenían facultad para invalidar una ley local¹⁸¹.

De todos modos, es en los Estados Unidos, donde el mecanismo se implementa y extiende, hasta consolidarse en el conocido asunto "Marbury vs. Madison", del año 1803.

El principio general es que la revisión no se puede someter o plantear en un proceso constitucional autónomo y específico, hincado "ad hoc", por medio de una acción especial (iniciativa); al contrario, el planteado ha de ser incidental, o por vía de excepción y de aplicación estricta al precepto que se cuestiona, y para el caso donde se aplica "alcances"; queriéndose significar, además que la competencia para resolver estos conflictos de constitucionalidad, corresponde al mismo órgano judicial que debe conocer y decidir el caso concreto (es decir, que se ha salido de la abstracción del sistema político).

El denominado "*sistema jurisdiccional*" de control reposa así en los siguientes elementos:

¹⁸¹ FIX ZAMUDIO, H., *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, Porrúa, México, 1988, p. 145.

a) necesidad de un caso concreto donde se plantee la cuestión constitucional (originado el problema si este caso puede ser deducido de oficio por los mismos jueces intervinientes);

b) la decisión no tiene por vía de principio más proyecciones que el litigio que se resuelve (es decir, no tiene efectos *erga omnes*, aun cuando se ha de analizar la incidencia de este tema en la evolución posterior del sistema);

c) se debe considerar como una situación excepcional y sujeta a otros requisitos procesales, tales como demostrar la relación directa e inmediata que tiene el sujeto activo respecto a la Ley que denuncia como inconstitucional, demostrar también los perjuicios que la aplicación de la norma le causa, se debe interponer el caso oportunamente, y la causa debe mantener actualidad al tiempo de resolverse. El Juez no podrá declarar cuestiones de constitucionalidad cuando los temas resultan abstractos o no generan efectos siguientes.

El sistema jurisdiccional tiene dos proyecciones institucionales, que denominan el nombre de control constitucional difuso y control de constitucionalidad concentrado.

Ambos coinciden en que el mecanismo de revisión lo realizan magistrados; mientras en el sistema difuso puede ser cualquier juez del sistema jurisdiccional del país, en la dinámica del control concentrado ningún juez inferior puede decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes que se le planteen en los procesos concretos de que conozcan, debiendo excusarse y elevar las actuaciones a las Cortes, especialmente designados a tal efecto, en algunos supuestos deben suspender, el procedimiento y en otros continuarlos.

Difieren, en cambio, en dos modalidades decisivas para delinear la fisonomía del sistema. Una de las cuestiones estriba en la obligatoriedad que tienen los fallos en las sucesivas determinaciones de inconstitucionalidad de temas vinculados (doctrina del precedente obligatorio) y otra en el problema de la función fiscalizadora ejercida, sin petición de parte interesada.

Cuando las Constituciones confieren poderes a todos los tribunales para que actúen como jueces constitucionales estamos ante un sistema de control difuso de la constitucionalidad, como el que existe en casi toda América Latina, concebido sea en forma exclusiva (México, Brasil, Argentina, por ejemplo) o en forma mixta, mezclado con un sistema concentrado (Guatemala, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, El Salvador), establecido bajo la inferencia norteamericana.

Al contrario del sistema difuso, algunas Constituciones reservan este poder a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Constitucional, sobre todo en lo que respecta a algunos actos del Estado, los cuales solamente pueden ser anulados por dicho órgano cuando contradicen la Constitución. En algunos casos excepcionales, como sucede en Panamá, el poder de la Corte Suprema para actuar como juez constitucional se refiere a absolutamente todos los actos estatales.

En América Latina, la mayoría de los países han optado por el sistema difuso de revisión judicial, siendo diversos los instrumentos procesales que mejor lo realizan.

Ciertas naciones organizan el control permitiendo el curso de todas las instancias de los procesos ordinarios, de manera que las Cortes superiores se convierten en el interpreta final de las cartas fundamentales.

3.3. El control jurisdiccional *concentrado*

Rousseau decía que la ley era la expresión de la voluntad general y como tal era sancionada por el Parlamento. Este órgano primero fue visto como la representación misma de la soberanía nacional, y después, al poco tiempo, como muestra de la soberanía nacional. En realidad era el único cuerpo orgánico que elegía directamente al pueblo.

Suprimiendo etapas de la evolución, la síntesis resumía que el pueblo era igual a la ley, o sea que la ley era el resultado del pueblo.

Siendo así, no se podía concebir cómo un juez podía tener tanto poder como para negar la aplicación de las leyes, resultando imperioso, entonces, encontrar un sustituto que interpretara la norma, sin apartarse de su contenido.

La atribución a un órgano especial de carácter político para garantizar la función de la norma constitucional tiene origen en Francia, cuando la Carta Constitucional de 1852 (artículos 91 y ss.) atribuyó el control de constitucionalidad de las leyes al denominado Comité Constitucional.

Fue así que se pretendió impedir el “*gouvernement de juges*”, aunque justo es decirlo, en la práctica y desarrolló de este sistema la actividad preventiva ha dejado de ser un elemento diferenciador respecto a los mecanismos jurisdiccionales.

Observando el instrumento en su dinámica, se ve que la norma no resulta estudiada por contener un conflicto constitucional, sino que se la analiza en abstracto, en reforma previa a su promulgación, evitando su dictado, y puesta en vigencia cuando se tropieza con obstáculos fundamentales que la inficionan.

La jurisdicción concentrada supone, pues, la constitución de un Tribunal específicamente destinado al control de constitucionalidad de las leyes. Obviamente, este cuerpo tiene funciones jurisdiccionales. Cappelletti ha dicho que "en el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente la invalidez (y por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier Juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación, y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes (civiles, penales o, en su caso administrativos) son incompetentes para conocer la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea "*indiceter tantum*", es decir, con eficacia limitada al caso concreto"¹⁸².

Hay modalidades en el régimen reglamentario de este instrumento de control. A veces, la cuestión constitucional se promueve directamente, sea por acción o excepción,

¹⁸² CAPELLETTI, M., “El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes” cit., p. 69.

a cuyo fin cuentan con legitimación procesal una amplia gama de interesados (ej. Órganos políticos, jueces ordinarios, partes en sentido substancial).

En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad, por no tener relación con la causa, o ser manifiestamente infundada, esta resolución no impide que le problema vuelva a plantearse en cualquier etapa del proceso, pero sólo cuando el Tribunal de instancia considere pertinente que se cuestión se halla en condiciones de llevarse la Tribunal Constitucional.

3.4. El control jurisdiccional *difuso*

El sistema difuso organiza el control de constitucionalidad sobre la base del sistema americano, es decir, que otorga a todos y cada uno de los jueces, la potestad de revisar la adecuación normativa a la Carta fundamental.

El razonamiento es sencillo: el magistrado en ejercicio del poder jurisdiccional que dimana de la soberanía del Estado, está obligado a interpretar la ley a fin de adecuarla a los preceptos que manda la supremacía constitucional; si al aplicar aquella que cuente con preeminencia y si son de igual jerarquía, debe recurrir a principios generales tales como "lex posteriori derogat legi priori", "lex specialis derogat legi generali", etc.

Precisamente esta "potestad" interpretativa es la que le otorga al sistema un verdadero poder, que algunos autores consideran que es político, pues si éste consiste en el poder de impedir, y si el control de constitucionalidad se traduce en la no aplicación de ciertas normas que se estiman repugnantes respecto a las leyes superiores, la conclusión lógica es que los jueces están investidos de cierto "poder político" en virtud del cual proceden a la descalificación (aunque sea únicamente para el caso concreto) de las leyes y demás disposiciones que aparezcan en contradicción con la supremacía constitucional, al no aplicar los jueces esas normas, por declararlas inconstitucionales, están generando un auténtico "poder político".

Sin embargo, esta presentación del esquema resulta insuficiente, si no se destaca que a partir de Kelsen, se demuestra que no se agota en la interpretación la tarea del Juez. En efecto, al resolver el conflicto está creando una nueva norma, de manera que la mayor parte de los actos jurídicos que desenvuelven son, al mismo tiempo, actos de creación y de aplicación del Derecho. Aplica una norma de grado superior y crea otra de grado inferior.

Algunos sistemas regidos por el "Common Law", no atienden esta actitud creadora, prefiriendo adoptar el temperamento del precedente, (*stare decisis*), el cual es obligatorio y determina el criterio a decidir.

En suma, la existencia de un conflicto suscitado entre individuos de la sociedad es resuelta por el juez en una doble etapa de conocimiento (adecuación e interpretación de la Ley) y ejecución (objetivación, creación de la norma individual de lo decidido).

Al ser una decisión jurisdiccional cuenta con los alcances de la cosa juzgada (efectos inmutables y definitivos).

Pero ¿qué ocurre cuando el Juez se le recorta laminarmente esas facultades de control? La estructura gnoseológica del sistema difuso discurre en una interrogación normativa; la norma constitucional orienta a lo general y ésta condiciona a la individual.

Cuando alguna de ellas renuncia al predominio fundamental se produce el conflicto, y entonces cuadra interrogarse: ¿qué es más importante para el Estado, que un juez conozca y resuelva el conflicto individual, preservando los derechos particulares, o es más trascendente la defensa social, aunque la composición del litigio, importe desatender el problema concreto que se planteó?

Es posible que pueda surgir una clara oposición entre una y otra alternativa.

Esta polémica aumentada, con otros cuestionamientos como los que emergen de la identificación entre jueces y legisladores, o al poder político que a los jueces se les confiere, son las causas principales de resistencia a este sistema.

CAPITULO V

LOS SISTEMAS VIGENTES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. MODELO NORTEAMERICANO Y MODELO CONTINENTAL

En el contexto del Estado Constitucional, suele ser la propia Constitución quien se otorga a sí misma las garantías para mantener inmanente e incólume su supremacía. Y lo hace, como ya dijimos, a través de dos mecanismos idóneos para lograr dicha preeminencia: el Control Constitucional y su Reforma. El Control Constitucional podría considerarse, pues, la garantía *ordinaria* o común de la supremacía constitucional, mientras que los mecanismos rígidos para la Reforma Constitucional, suponen una garantía *extraordinaria* de conservación y permanencia de la Ley fundamental¹⁸³.

En el presente capítulo nos vamos a centrar en analizar con toda la profundidad posible la institución del control de constitucionalidad, comenzando por sus orígenes; continuando por dilucidar cuál es su auténtica naturaleza jurídica y terminando por analizar los dos modelos fundamentales de control que rigen en los sistemas constitucionales modernos.

¹⁸³ FLORES PONCE, F.I.: *Derecho Constitucional General*. Potosí: Editorial: Publicidad & Marketing, 2000, pág. 162.

1. GÉNESIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En primer lugar, examinaremos los antecedentes históricos y políticos que dieron lugar al surgimiento de los mecanismos de control de la primacía de la Constitución en los modernos Estados de derecho del ámbito occidental.

De acuerdo con FERNÁNDEZ SEGADO¹⁸⁴, a quien seguiremos en esta parte del trabajo, el origen del control de constitucionalidad como institución no puede hacerse coincidir, por lo menos en las democracias europeo-occidentales, con el inicio del fenómeno constitucional. Tal es así que en Estados Unidos el instituto de la *judicial review* admite ser considerado como algo consustancial a la propia Constitución, pues, como manifestara Charles Evans HUGHES, siendo gobernador del estado de Nueva York, en palabras que han devenido clásicas: “*Vivimos bajo una Constitución; más la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”, en Europa no ha sucedido otro tanto.

Y no por desconocimiento o indiferencia, ya que ningún otro rasgo del sistema americano de gobierno había despertado tanta curiosidad en la mente europea y causado tanta admiración y discusión así como una frecuente falta de entendimiento que el de la *judicial review*.¹⁸⁵

Según este reputado autor, muchas y no siempre de la misma naturaleza, son las razones que se han esgrimido para justificar el rechazo europeo a la figura procesal del

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ SEGADO F., *Estudios jurídicos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, 2003, p. 227

¹⁸⁵ BRYCE, James, *The American Commonwealth*, 3a. ed., Nueva York, 1906, p. 241, citado por Fernández Segado F., *Estudios jurídico constitucionales*, cit., p. 223

recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes. En 1920, Alvarado¹⁸⁶, tras poner de relieve que nunca había sido el europeo un ambiente propicio para el arraigo y desenvolvimiento de este recurso, apuntaba como clave de las opuestas orientaciones de Europa y América, hacia la diversidad de circunstancias en que surgieron sus respectivos códigos basales.¹⁸⁷

Deteniéndose en un análisis más concreto acerca de esa disparidad de condiciones sociales, recuerda Alvarado¹⁸⁸ cómo en América el Parlamento inglés aparecía como una figura opresiva siguiéndole en tal papel el rey y su gobierno. Mientras que por el contrario a los tribunales correspondía el rol del libertador, siendo la situación distinta en Europa, ya que el monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de las legislaturas, de los Parlamentos, en cuanto órganos representativos del pueblo. Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, los ciudadanos se iban a ver salvaguardados por las leyes elaboradas por el Parlamento.

Aquello venía como consecuencia de la postura constitucional francesa elaborada a partir de finales del siglo XVIII, la cual incidiría sobremanera con la doctrina rousoniana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general.¹⁸⁹

¹⁸⁶ ALVARADO, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, Editorial Reus, 1920, pp. 79-81.

¹⁸⁷ *Ibídem*

¹⁸⁸ *Ibídem*

¹⁸⁹ Según FERNÁNDEZ SEGADO, a partir de la idea de que el objeto de las leyes es siempre general, entiende Rousseau que “es manifiesto que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general..., ni si la ley puede ser injusta, puesto que no hay nada injusto con respecto a sí mismo”. ROUSSEAU, J.J, *Contrato social*, Madrid, Espasa-Calpe (Selecciones Austral), 1975, pp. 63 y 64.

De manera tal que el constitucionalismo naciente en ese entonces, se fundaba en la ley, como lo manifestaba BACHOF¹⁹⁰ el constitucionalismo con el liberalismo tenía una gran fe en la ley. En tanto y en cuanto no desconfiaba del legislador sino siguiendo a Montesquieu, se desconfiaba del Juez, en la medida que el Juez era el servidor del príncipe o Rey en el Estado Absoluto. De acuerdo con el autor mencionado existía, pues, una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, sólo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad. La ley era la “*carta magna de la libertad*”; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor.

Según el autor mencionado de tales concepciones surgiría el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre ley y derecho. Pues bien, resulta evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes, al crear un órgano capacitado para decidir acerca de la nulidad de las normas legislativas de procedencia parlamentaria, conculcaba frontalmente la referida doctrina rousoniana. Así, el control de constitucionalidad parecía contrario a la concepción de la Ley como “expresión de la voluntad general”, que emana de un Parlamento expresión de la soberanía popular.

En igual sentido se pronuncia Crisafulli¹⁹¹, para quien los mecanismos del control constitucional no solo quebrantan el dogma de la omnipotencia de la ley, y con ello, de la llamada soberanía del Parlamento, sino que vinieron a constituir un aspecto perturbador del esquema de la democracia pura.

Desde luego, la idea de que la *judicial review* es antidemocrática no es una mera cuestión académica de filosofía política, sino que, como ha advertido Rostow,¹⁹² al igual que la mayoría de las abstracciones, tiene consecuencias prácticas de largo alcance. Y en

¹⁹⁰ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 49.

¹⁹¹ CRISAFULLI, E., “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo, *Scritti in onore di Costantino Mortati (Aspetti e tendenze del diritto costituzionale)*, vol. 4: *La garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milán, Giuffrè Editore, 1977, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 132, citado por Fernandez Segado, *Estudios jurídico constitucionales*..... Op. Cit. p. 229

¹⁹² ROSTOW, E., “The democratic character of judicial review”, *Harvard Law Review*, vol. 66, n. 2 (1952), pp. 193 y ss.

efecto, los argumentos precedentes, y de modo específico el último de ellos (el carácter antidemocrático de la jurisdicción constitucional), condujeron, sobre todo en Francia, a acuñar la despectiva fórmula del “gobierno de los jueces” para calificar al sistema norteamericano de gobierno; Con tal calificativo se quería significar el carácter no representativo del sistema político norteamericano.

Más aún, los juicios del Tribunal Supremo norteamericano acerca de la legislación social y económica fueron utilizados como una evidencia de que el instituto de la *judicial review* era una herramienta reaccionaria para frustrar programas de bienestar social llevados a cabo por el Estado¹⁹³. Y aún esta problemática sigue estando planteada en términos muy semejantes por la doctrina francesa, o al menos por un sector —si se quiere reducido— de la misma.

Sin embargo, ROSTOW, ha sostenido en relación a los Estados Unidos,¹⁹⁴ que es un error insistir en que ninguna sociedad es democrática a menos que tenga un gobierno con poderes ilimitados, y que ningún gobierno es democrático a menos que su legislatura tenga poderes ilimitados. En contraposición a esto la capacidad de revisión judicial de la supremacía de la Constitución por parte de un órgano judicial independiente, es una herramienta de probada eficacia en la búsqueda norteamericana hacia una sociedad de amplios y dispersos poderes.¹⁹⁵ Desarrollando esta percepción se añadiría a esto que Norteamérica al contener una población tan entremezclada y dispar y con problemas territoriales diferentes, necesita de este tipo de organización para la democracia.¹⁹⁶

Con el advenimiento del fin de la primera guerra mundial, los posicionamientos constitucionales en torno al sistema de la *judicial review* cambiarían de forma radical.

¹⁹³ DEENER, D., “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, vol. XLVI, núm. 4, diciembre de 1952, pp. 1079 y ss.;

¹⁹⁴ ROSTOW, E.V., cit., nota 11, p. 199.

¹⁹⁵ *Ibidem*

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídicos constitucionales...*, cit. p. 231

Así gran parte de los códigos de los nuevos Estados surgidos a partir de esa contienda reflejaron y adoptaron dicha institución para el control de su constitucionalidad.

Según Fernández Segado¹⁹⁷, el cambio de perspectiva está íntimamente vinculado al pensamiento de un eximio jurista, Hans Kelsen. El constitucionalismo de la segunda posguerra nos ofrece una verdadera eclosión de los institutos y órganos de control de la constitucionalidad.

En efecto, la doctrina constitucional¹⁹⁸ hacía eco de la asimilación de este sistema de control en los ordenamientos de algunos países del Viejo Continente, a lo poco de finalizada la contienda mundial. En esta medida, la institución del control de la constitucionalidad de las leyes sufrió un cambio radical de perspectiva tras las terribles lecciones sacadas de los abusos cometidos por los regímenes nazi y fascista.

Esta circunstancia, en cierta medida, pudo impulsar, a modo de reacción, el desenvolvimiento generalizado de los Tribunales Constitucionales en la Europa de la segunda posguerra; Alemania e Italia constituyen dos buenas pruebas al respecto. Quizá por todo lo expuesto, Taylor Cole¹⁹⁹ ha manifestado que las cortes constitucionales en Europa son en parte, productos de la reacción en contra de un pasado calamitoso. Por otro lado, Dietze ha aludido al convencimiento europeo acerca de los peligros de la supremacía del legislativo y de la deificación de la ley, manifestando que los europeos se han convencido a través de una larga experiencia de los peligros de la supremacía legislativa y el resultado de un endiosamiento de la legislación codificada.²⁰⁰

¹⁹⁷ *Ibidem*

¹⁹⁸ OLLERO GÓMEZ, Carlos, “El nuevo derecho constitucional (El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho constitucional de la postguerra)”, *Archivo de Derecho Público*, II, Universidad de Granada, 1949, pp. 9 y ss.

¹⁹⁹ COLE, Taylor, “Three Constitutional Courts: a Comparison”, *The American Political Science Review*, vol. LIII, núm. 4, diciembre 1959, pp. 963 y ss.; en concreto, p. 983

²⁰⁰ DIETZE, G., *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, cit., nota 6, p. 1259.

Por este motivo, Fernández Segado²⁰¹ manifiesta que al margen ya de las particularmente trágicas circunstancias históricas por las que atraviesan Alemania e Italia en el periodo de entreguerras, es lo cierto que otros argumentos incidirán para potenciar de modo en verdad extraordinario, a partir de 1945, la jurisdicción constitucional.

Frente a la idea de la ley como la *ratio* convertida en norma, como un mandato orientado en función de la justicia la ley ha pasado a primer plano como acto de conformación política orientado a un fin, como una medida determinada para superar una situación concreta y, por ello, planeada a corto plazo y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses. De otro lado, si antaño se consideraba que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento, a los elegidos, en el desempeño de su mandato, pero sometidos solamente a su conciencia de representantes de la voluntad del pueblo, en nuestros días, en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos, necesariamente, la lucha por la preeminencia de este o de aquel interés concreto tenía que ser llevada también a los órganos legislativos, perjudicándose con ello la aptitud de estos órganos para fijarse en el valor jurídico que vincula la voluntad política.²⁰²

Si a lo expuesto unimos, de una parte, los bruscos cambios que el Parlamento mismo ha experimentado en su posición y estructura, por virtud de la entrada en la escena político-parlamentaria de los partidos, que ha implicado que en vez de la representación de todo el pueblo por personas independientes, haya penetrado en el Parlamento el mandato vinculado a los partidos, y de otra, el fabuloso incremento de la carga de trabajo de los Parlamentos, producido por la transformación de la función legislativa, que impide de todo punto a las Cámaras revisar todas las leyes con ese cuidado que sería necesario para poder manifestar aún sin reparo la primitiva confianza

²⁰¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídicos constitucionales...*, cit. p. 231

²⁰² *Ibídem*

en el producto “ley”, tendremos así perfilada una situación radicalmente diferente de la existente en el siglo XIX, que ha propiciado la completa quiebra del dogma rusioniano.²⁰³

Sin embargo, si bien es cierto que todos los argumentos precedentes tienen *per se* una incuestionable entidad, no podemos olvidar una última razón, posiblemente la de mayor envergadura. La adecuación de la ley a la Constitución debe considerarse no sólo como una consecuencia de la propia supremacía formal del código constitucional (en los textos constitucionales dotados de una especial rigidez), sino, lo que más importa, como la resultante de su misma supremacía material. En efecto, como significa Trujillo,²⁰⁴ una importante dimensión del marco de referencia de la constitucionalidad es la representada por la ampliación que se produce como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional, para remontarse hasta los principios que, en cuanto expresión de los fines y objetivos hacia los que se ha de orientar la actividad del Estado, vinculan y limitan su potestad normativa. En tal sentido, el ejemplo más significativo lo proporciona el moderno constitucionalismo alemán, con su concepción de un *Wertordnung* u “orden de valores” subyacentes a la Constitución y que vincula a todos los poderes del Estado.²⁰⁵

La enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución se explica precisamente por ese orden de valores que se manifiesta expresamente en la ordenación de los derechos y libertades, un orden de valores que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en esos valores.

No es cuestión de intentar ahora aproximarnos a una concreción de cuáles sean esos valores; digamos, no obstante, que todos traen su causa del valor supremo, del

²⁰³ *Ibídem*

²⁰⁴ TRUJILLO, G., “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1970, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 23.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídicos constitucionales...*, cit., p. 234.

núcleo axiológico central, la dignidad de la persona humana. La conjunción de todas estas variables conducirá al término de la Segunda Gran Guerra, de un lado, a lo que Favoreu²⁰⁶ ha llamado una reafirmación o redescubrimiento del carácter normativo del código constitucional, y de otro, al nacimiento y expansión de la jurisdicción constitucional, que va además a ver ampliado su ámbito competencial de modo sensible.

Por su parte Lucas Verdú,²⁰⁷ ha subrayado que la jurisdicción constitucional de la segunda posguerra nos ofrece como novedad sustantiva un ensanchamiento de su ámbito en la medida que abarca, a la sazón, contenidos no sólo técnicos, sino, además, materias que rozan aspectos de indudable cariz político.

A este respecto, la sensibilidad de los Tribunales Constitucionales en orden a la más eficaz salvaguarda de los derechos ha propiciado que pueda hablarse una “jurisdicción constitucional de la libertad”.²⁰⁸ Más aún, creemos que bien puede sostenerse que la libertad es impensable sin la existencia de un control de la constitucionalidad de las leyes.

Y a todo lo anterior hay que añadir, ya para finalizar, la importantísima función de integración del ordenamiento jurídico que cumplen en nuestros días los órganos titulares de la jurisdicción constitucional. Esa integración ha de estar asentada inexcusablemente en un orden material de valores, aquel precisamente que proclama toda norma suprema, o, en defecto de tal proclamación expresa, que entresaca de su articulado el intérprete supremo de la misma y el resto de los órganos jurisdiccionales.

²⁰⁶ FAVOREU, Louis, cit., nota 21, p. 1176

²⁰⁷ LUCAS VERDÚ, P., “Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, mayo-octubre de 1957, pp. 99 y ss.; en concreto, p. 104.

²⁰⁸ CAPPELLETTI, M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1976.

Como significara Lucas Verdú²⁰⁹, mediante la justicia constitucional se cumple, y se asegura, el orden fundamental en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de tales normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria, e incluso se va integrando el derecho constitucional. En este sentido, la justicia constitucional significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo.

2. EL MODELO NORTEAMERICANO: CONTROL DIFUSO O *JUDICIAL REVIEW*

La doctrina del “*judicial review*” o el control judicial de las normas sancionadas por los otros poderes del Estado nació en los Estados Unidos, si bien sus orígenes se han hecho remontar a Inglaterra.²¹⁰ El caso “Marbury v. Madison”, del año 1803, fue el inicial en la consagración de esa doctrina, aunque se debe reconocer que ya antes, en “El Federalista”, N° 78, del año 1788, Alexander Hamilton había sentado las bases fundamentales de esa doctrina, al consignar que “los tribunales de justicia, fueron designados para formar un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura a efectos, entre otras cosas, de mantener a la legislatura dentro de los límites señalados a su autoridad.”²¹¹

²⁰⁹ LUCAS VERDÚ, P., “Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes”, *cit.*, nota 30, p. 102.

²¹⁰ Así, DIETZE ha sintetizado con cierta clarividencia el devenir histórico de la jurisdicción constitucional afirmando que el *judicial review* habiendo sido originado en Europa y siendo aceptada como doctrina en los Estados Unidos, ha retornado a Europa elaborada y expandida por los jueces americanos. Por lo que la idea de atribuir a unos órganos jurisdiccionales la función de guardián de la Constitución hundiría a juicio de este autor, sus raíces en Europa. (DIETZE, G., *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, *cit.*, nota 6, p. 1259).

²¹¹ HAMILTON, en el artículo LXXVIII, primero de los dedicados al Poder Judicial, completando la Constitución y haciendo expreso lo que en ella era simplemente una posibilidad latente, sentaba las bases de la revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución. Basta con leer algunos de los párrafos del citado artículo para constatar lo inequívoco de este aserto: El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Se argumenta que la autoridad

La interpretación de las leyes compete privativa y especialmente a los tribunales. La Constitución es y debe considerarse por los jueces como la ley fundamental. En manera alguna supone tal deducción superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior al de ambos, y donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, está en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta más bien que por aquélla. Deben ajustarse en sus fallos a las leyes fundamentales, antes que a aquellas que no lo sean”. Sin embargo, es de tener presente, que inmediatamente al dictado del citado fallo en los Estados Unidos comenzaron sus objeciones y sus críticas.

Se dijo que el texto de la Constitución no autoriza explícitamente el control judicial de las normas, que los constituyentes de 1787, (the “framers”) no buscaron otorgar al Poder Judicial tan extraordinario poder, y que las teorías y prácticas anteriores a la Convención, no eran suficientemente claras y amplias como para legitimar tal conducta. Jefferson fue uno de los primeros contradictores de esa doctrina. Pocos años después de dictado el fallo “*Marbury vs. Madison*”, en “*Eakin vs. Raub*” de 1825, la Corte Suprema del estado de Pennsylvania, por el voto del juez Gibson se atacaron los fundamentos históricos de la “*judicial review*” y la decisión del caso “*Marbury*”, aunque veinte años más tarde el mismo juez Gibson sostuvo que el concepto de la revisión judicial podría adoptarse por necesidad antes que por precisión histórica.

En un famoso artículo publicado por James Bradley Thayer en 1893, en la *Harvard Law Review*, titulado “*The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*”, se sostenía que los jueces debían actuar con extrema prudencia

que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las Constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa. Más adelante establece, que no hay proposición razona— que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo...(HAMILTON *et al.*, *El Federalista*, 1a. reimpresión de la 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974)

para poder ejercer el “*judicial review*” y que un mero error del poder político no era suficiente para poder declarar la inconstitucionalidad de sus normas o actos. Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis y Felix Frankfurter siguieron esta postura sugerida por Thayer.

A mediados del siglo XX, en el famoso debate entre Learned y Hand, que publicó en 1958 la obra “*The Bill of Rights*” en la *Harvard University Press*, se sostenía que el control judicial “no era sino una condición práctica para el funcionamiento exitoso del sistema constitucional pues sin un árbitro cuyas decisiones fueran finales, el sistema entero colapsaría”.

Las argumentaciones de Hand fueron contestadas al año siguiente por el profesor Herbert Wechsler, de la Universidad de Columbia, en *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, pub. en *Harvard Law Review*, 1959. Sostenía que los jueces debían aplicar principios valorativos neutrales, que trascendieran cualquier resultado inmediato de la decisión judicial, dependiendo así el “*judicial review*” de esos parámetros. Alexander Bickel sostenía en “*The least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*”, *Yale University Press*, 1962, que los jueces, “careciendo de influencia final y última sobre la espada o la bolsa, podría decirse que carecían de la fuerza o de la voluntad, contando simplemente con discernimiento, y luego podría esperarse que se conserven como la rama de gobierno menos peligrosa” (The Federalist, 78). Agrega Bickel, en una opinión que ha llegado ser célebre, que el “*judicial review*” parte de una realidad incontrovertible que llamaba la “dificultad contramayoritaria”: “¿por qué un grupo reducido de personas no elegidas directamente por el pueblo pueden impedir la aplicación de normas dictadas por los representantes del pueblo?”

Cabe destacar las agudas observaciones del profesor Charles L. Black en “*The people and the Court. Judicial review in a democracy*”, The Macmillan Company, New York, 1960, quien sostenía que el control judicial cumple una función vital en un sistema de gobierno de poderes limitados, consistente en mantener el sentimiento

público de que el gobierno ha cumplido “con las normas de su propia Constitución y por ello la función ‘legitimante’ de las normas por parte de la Corte Suprema –lo cual implica constatar su constitucionalidad– es de inmensa por no decir “vital importancia para el país” agregando que “no veía cómo un gobierno de poderes limitados podría vivir sin la existencia de algún órgano que desempeñe esa función”, así como que el control judicial de constitucionalidad es el medio que el pueblo ha elegido como autorestricción a través del derecho”, sosteniendo que tener votos es una “excusa insuficiente para violar la Constitución”.

Es de recordar aquí que los redactores del texto constitucional de los Estados Unidos no quisieron colocar un poder ilimitado en las manos de la mayoría aritmética, desde que sabían que ello habría de conducir a la tiranía de la mayoría, sino que por el contrario, buscaban el gobierno de la mayoría con el consentimiento de la minoría, o sea querían mayorías razonables, cuyo poder estuviera frenado por intereses opuestos.

Al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial ratifica y hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional, que es el texto básico que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. Como lo señaló la Corte Suprema argentina en una decisión perdurable, “la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que el mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución”. (Fallos: 137:47, caso “Horta c/ Harguindeguy”, del 21 de agosto de 1922, voto mayoritario de los Dres. Damaso Palacio, José Figueroa Alcorta, Ramón Méndez).

Pese a la inequívoca opción a favor de la *judicial review* que manifiesta *El Federalista*, lo cierto es que todo ello no propiciaría la implantación del control de la

constitucionalidad de las leyes por los órganos jurisdiccionales, por lo menos de modo inmediato. Es más, Lambert²¹² llega a significar que tras la Constitución de 1787, todos se hallaban convencidos de que no existía sobre el Continente gobierno alguno superior a los Estados que pudiera legítimamente juzgar en último término acerca de la extensión de los poderes que habían sido conferidos por la Constitución a cada uno de los órganos de gobierno que ella misma consagraba.

En la administración republicana de Jefferson se repudiaron las doctrinas de los federalistas, consagrando en sus actos y creando las tradiciones de supremacía federal que los federalistas no habían sabido establecer. En todo caso, una tradición judicial ininterrumpida habría de ser la clave, o una de las claves al menos, del cambio de óptica respecto a aquella apreciación inicial antes aludida.

En 1803, John Marshall, *Chief Justice* del Tribunal Supremo, tomando como soporte jurídico-constitucional la llamada “cláusula de supremacía” proclamaba en su célebre Sentencia *Marbury versus Madison* un principio que se suponía esencial para todas las Constituciones escritas, consistente en que aquella Ley que contradijera la Constitución, es invalida

En *Marbury vs. Madison*, se dio la negativa por parte de la administración de Jefferson de otorgar credenciales y nombramientos a algunas autoridades que no eran del partido oficialista en funciones de Gobierno. Ante esta situación, Marbury recurría al Tribunal Supremo en súplica de que expidiera el oportuno mandamiento de comparecencia (*writ of mandamus*) a fin de obligar a Madison (funcionario de la administración de Jefferson) a extender la oportuna credencial que diera efectividad a su nombramiento como juez. La demanda se apoyaba en la sección decimotercera de la *Judicial Act* de 1789, que autorizaba al Tribunal Supremo a autorizar nombramientos

²¹² LAMBERT, J., “Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. *Marbury versus Madison*”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1931, t. 48, pp. 5 y ss.

como autoridad en aquellos casos autorizados por los principios y usos del Derecho, a cualquier corte o funcionarios públicos bajo la autoridad de los Estados Unidos.

El Juez que conoció el caso, Marshall jefe del Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de la sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789. El *Chief Justice* Marshall consideró que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución. Ahora bien, de nada serviría que la norma suprema acotara a las diferentes ramas del Poder, si el Congreso pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución. Ante esta prescripción, Marshall se interrogaba acerca de si debían los tribunales acatar y aplicar tales normas. La respuesta había de ser negativa en tanto en cuanto la misión de los órganos jurisdiccionales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esa y no otra, diría Marshall, es la esencia de la función judicial.²¹³

Como afirma Pritchett,²¹⁴ Marshall explicó su pensamiento citando en su favor el argumento de Hamilton, contenido en el artículo LXXVIII de *El Federalista*. Y así, partió del principio de que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional, está sujeto a limitaciones, y que “una ley contraria a la Constitución no constituye derecho”. Entonces, ¿cuál es la obligación de un tribunal cuando se le solicita la aplicación de una ley de tal naturaleza? Para el *Chief Justice* la respuesta era evidente: “...*Si una ley resultara contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, compete al Tribunal determinar cuál es el derecho aplicable, ya que ésta constituye la esencia de la función jurisdiccional*”.

²¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, *Estudios jurídicos constitucionales...*, cit., p. 247

²¹⁴ PRITCHETT, C. H., *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, p. 191.

A partir de esta sentencia la forma de administrar el *judicial review* vendría ejercido casi con exclusividad por el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos y de esta forma, el denominado sistema de control judicial de la Constitución ejercido por el Poder Judicial, más que un control difuso se trata igual de un control concentrado, en la medida que no cualquier autoridad judicial puede determinar la inconstitucionalidad de una norma, sino solo el Tribunal Supremo de Justicia.

No en vano, Fernández Segado²¹⁵ hace alusión al progresivo poder que iría asumiendo el Tribunal Supremo a partir de 1865. Para tal efecto mencionado a Tocqueville cuando afirmaba que: “*después de examinarse en detalle la organización del Tribunal Supremo, si se consideran en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso*” .

En el mismo sentido recuerda la afirmación de Stone, en directa referencia al poder del Tribunal Supremo, que: La única salvaguarda en contra de nuestro propio ejercicio del poder es nuestro propio sentido de restricción personal.

En definitiva, desde esa capital Sentencia de 1803, el *judicial review*, entendido como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema, incluso de la sociedad americana entera. Como ha dicho entre nosotros García de Enterría²¹⁶, el *judicial review* ha pasado a ser la clave de bóveda de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos de América.²¹⁷

En conclusión puede afirmarse que en este sistema es el órgano o Poder Judicial el encargado de velar por la aplicación preferente y prioritaria de la Constitución Política

²¹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídicos constitucionales...*, cit., p. 247.

²¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 126.

²¹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídicos constitucionales...*, cit., p. 248.

del Estado por sobre cualquier otra ley, lo que determina que ese control no está en manos de nadie en particular sino más bien en la de todos en general, es decir en las de aquellos cientos y miles de autoridades judiciales, magistrados y jueces en cargados de asegurar justamente la supremacía constitucional”.²¹⁸

3. EL MODELO CONTINENTAL: CONTROL *CONCENTRADO*

El sistema concentrado de control de la constitucionalidad, contrariamente al sistema difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, generalmente de ciertos actos estatales, es decir, este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad, de determinados actos estatales, particularmente de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar.

Ahora bien, el órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Panamá; o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aun cuando sea generalmente similar al "*modelo europeo*" de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana

²¹⁸ FLORES PONCE, A., *Derecho Constitucional General*, cit., p 167-168.

de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general, son las Cortes Supremas de Justicia las que lo ejercen; y en el caso de que se haya atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, estos están integrados al Poder Judicial (Guatemala, Colombia, Ecuador y Bolivia) con la sola excepción del caso del Perú, cuya Constitución de 1993 creó el Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial.

En realidad, el sistema sólo implica la atribución, a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional. Esta es la esencia propia del sistema concentrado con relación al sistema difuso, sea que el órgano dotado del poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal más alto del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia) o un Tribunal especializado en materia constitucional, dentro del Poder Judicial; sea que se trate de un órgano constitucional especial, creado fuera de la organización judicial, aun cuando este último aspecto no resulte esencial para establecer la distinción.

La génesis doctrinal acerca de la creación de este modelo o sistema de control de constitucionalidad es atribuida a Hans Kelsen. Motivo por el cual incluso se habla del sistema austro-kelseniano al referirse al modelo europeo de control de constitucionalidad. Kelsen instauró el principio según el cual “la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y la más eficaz de la Constitución”²¹⁹.

La tarea de realizar la anulación no puede ser confiada al Parlamento, pues en él nació la disposición normativa que presuntamente viola la Constitución; por lo tanto, es el propio Parlamento el que viola la Constitución, no pudiendo, pues, ser juez y parte al mismo tiempo. Ha de ser un órgano diferente, independiente del Parlamento y de cualquier autoridad gubernamental, el que se encargue de la anulación de los actos inconstitucionales, es decir, una jurisdicción, un tribunal constitucional.²²⁰ Por lo tanto, podemos decir que la creación de un tribunal especializado encargado de constatar que

²¹⁹ BON, F. y RODRÍGUEZ, Y., "La garantie constitutionnelle de la Constitution" en *Revue de Droit Public*, 1988. Pág. 221.

²²⁰ *Ibidem*

el acto jurídico (ley o reglamento) emanado de una autoridad pública ha violado la Constitución y de anular la fuerza jurídica emanada de dicho acto es el fundamento del modelo europeo de control constitucional.

En él se puede reconocer la especificidad del modelo europeo de control de constitucionalidad, pues existen una serie de rasgos comunes que caracterizan a la justicia constitucional europea y que la diferencian del sistema norteamericano.

Habría que señalar, en primer lugar, la relativa juventud de este sistema, pues se inicia con la creación, en 1920, de la corte austriaca. Anteriormente, tribunales de este tipo eran impensables en Europa, y, como señala Rivero, "en esta época, el control de constitucionalidad de las leyes era para el derecho público lo que el *western* y la *comedia musical* eran para el cine, una especialidad americana"²²¹.

La razón fundamental de la eclosión de este sistema de protección se halla en la concienciación europea, tras la Segunda Guerra Mundial, de la necesidad de defender los derechos del hombre. De esta manera se produce la superación del principio establecido por Rousseau de que la libertad se protege a través de la ley por la idea de que hay que defender las libertades proclamadas constitucionalmente de los abusos de las leyes que regulan su ejercicio.

Esta protección se confiere a un órgano especializado, a un Tribunal Constitucional configurado como una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente de los asuntos contenciosos derivados de la interpretación de la Constitución, y que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.

Así pues, el principal rasgo del sistema europeo es el control de la constitucionalidad de las leyes concentrado en un único tribunal. Por lo tanto, la

²²¹ RIVERO, J., *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Col. Droit Public positif. Economica, 1984, p. 168.

importancia de este órgano judicial nos impulsa a interrogarnos sobre su organización, pues la independencia del Tribunal Constitucional aparece como la principal garantía de la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, como instrumento de posible oposición al poder.

Con la creación de Tribunales Constitucionales se produce, en palabras de Rivero²²², *"el fenómeno extraordinario de la aceptación de una autoridad superior al propio legislador, una autoridad encargada de imponer al legislador el respeto de la Constitución. Esta es la lógica del Estado de Derecho, donde podemos encontrar a la Constitución en la cima de la pirámide normativa"*. Por lo tanto, hay que asegurar el control hasta en esta cima, hasta en la Constitución.

Su posición en la pirámide normativa la distingue claramente del Poder Judicial. Así la Constitución española regula el Tribunal Constitucional en el Título IX, mientras que el Poder Judicial se recoge en el Título VI. Igualmente en Francia, el Título VII es el relativo al Consejo Constitucional, correspondiendo el Título VIII a la Autoridad Judicial, y en Italia, el Título VI "Garantías constitucionales" regula en su Sección I al Tribunal Constitucional.

La excepción de esta separación se encuentra en la Constitución alemana, en la que la Sección IX de la Ley Fundamental trata del poder judicial en su conjunto, donde se encuentra regulado el Tribunal Constitucional. Así pues, en Alemania, la naturaleza jurídica de este tribunal se encuentra dentro del Poder Judicial, considerándose al mismo como una auténtica jurisdicción que se halla en la cumbre de la pirámide judicial, incluso aunque no domine jerárquicamente los tribunales constitucionales de los Länders, los cuales son autónomos.

Cabe pues preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de los Tribunales Constitucionales. Favoreu los define como "una jurisdicción creada para conocer

²²² RIVERO, J., *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, cit., p. 171

especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos".²²³

Cuatro serían los elementos que caracterizarían el modelo europeo de tribunal constitucional:

Contextual: sólo es posible su existencia en Estados democráticos de derecho.

Estatutario: su estatuto ha de venir previsto en la Constitución, contemplándose los datos que le confieren su independencia de cualquier otro poder político: organización, funcionamiento y atribuciones.

Monopolio: los jueces ordinarios no pueden conocer de los contenciosos reservados al Tribunal Constitucional. Por lo tanto, estamos ante una jurisdicción especial situada fuera del aparato jurisdiccional del Estado. Este elemento se revela también en el dato de que los magistrados constitucionales son elegidos por autoridades políticas, no teniendo necesariamente que ser jueces de carrera, lo que abre el Tribunal a la sociedad.

Jurisdiccional: los tribunales constitucionales hacen justicia con autoridad de cosa juzgada, pudiendo desembocar sus declaraciones de inconstitucionalidad en anulaciones con efecto *erga omnes*.

3.1. Modelos de designación de magistrados de las Cortes o Tribunales constitucionales

²²³ FAVOREU, L., *Los tribunales constitucionales*. Ed. Ariel. Barcelona, 1994. Pág. 13

En 1928 Charles Eisenmann había caracterizado lo que debía ser la nominación de los jueces constitucionales al expresar que más que la imparcialidad de éstos, lo que había que asegurar era su independencia, la cual se revela como una condición si no suficiente al menos necesaria de la imparcialidad. Independencia que no se encuentra tanto en el modo de nombramiento como en el estatuto de los jueces una vez nombrados. En opinión de este autor, esto es lo que importa, incluso aunque hayan sido designados por un órgano político²²⁴.

La práctica legislativa posterior ha ratificado el nombramiento de los jueces constitucionales por órganos políticos, tanto en los diferentes países europeos como en Estados Unidos, existiendo, sin embargo dos excepciones:

a) Excepciones a los nombramientos políticos

En Grecia, los jueces son elegidos por sorteo entre la lista de los miembros de las jurisdicciones superiores del Estado. Por tanto, el Tribunal Superior Especial aparece más como un alto Tribunal de Conflictos que como un Tribunal Constitucional, propiamente dicho.

En España y en Italia, el nombramiento de algunos miembros es efectuado por el propio poder judicial. El artículo 135 de la Constitución Italiana prevé que una tercera parte de los magistrados del Tribunal Constitucional sean nombrados por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa.

²²⁴ Según este autor, es necesaria esta independencia puesto que "la alta Corte Constitucional constituye verdaderamente el coronamiento de la Constitución, toda entera y su garantía Suprema. No sólo asegura el respeto de la Constitución por el legislador propiamente dicho, sino también por los de la administración; no garantiza solamente la legalidad de la legislación secundaria que son los reglamentos, es decir, mediante el respeto de la relación constitucional de subordinación entre la ley y el reglamento, sino que la alta Corte de Justicia reprime también las violaciones de la Constitución o de la Ley por los órganos ejecutivos supremos".

El artículo 159.1 de la Constitución Española estipula que dos de los miembros del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Consejo General del Poder Judicial. Por lo tanto, estas excepciones están limitadas en el espacio y numéricamente suponen sólo una pequeña proporción de los jueces que han de ser nombrados.

b) Autoridades políticas encargadas de los nombramientos

Tradicionalmente, las autoridades políticas encargadas de los nombramientos de los magistrados de los tribunales constitucionales han sido el Jefe del Estado, la Cámara Alta y la Cámara Baja.

El Jefe del Estado.-

Tres Jefes de Estado disponen de este poder:

En Italia, el Presidente de la República nombra cinco jueces (artículo 135), lo que supone un tercio de los miembros de la Corte, aparte de los que propone el Gobierno. Pero la práctica actual tiende, tal como veremos posteriormente, a respetar el criterio gubernamental, pues los decretos de nombramiento son refrendados por el Presidente del Gobierno. Crisafulli²²⁵ opina que nos encontramos ante un poder presidencial que ha sustituido a una competencia atribuida al Jefe del Estado en su posición de guardián de la Constitución y de representante de la Unidad Nacional; competencia que, en opinión de este autor, está por encima del criterio que puedan mantener las fuerzas políticas activas.

En Francia, de la misma forma, el Presidente de la República nombra tres miembros del Consejo Constitucional (artículo 56) y a su Presidente. Esta potestad no necesita refrendo alguno, lo que, a veces, ha provocado alguna agitación política.

²²⁵ CRISAFULLI, V., "Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie" en *Revue de Droit Public*, 1968. Pág.89.

En España, la situación es jurídicamente diferente porque, aunque el Rey nombra los doce miembros que componen el Tribunal Constitucional, él no los elige y no es necesario que se ratifiquen las propuestas que le son elevadas por las diferentes autoridades encargadas de sus nominaciones. Su intervención es puramente formal y se considera que esta intervención regia, debido a su alejamiento de la política cotidiana, supone una prueba de imparcialidad.

Las Cámaras

Por lo que respecta al poder de nombramiento de las Cámaras se presentan diferentes situaciones: puede ejercerse por la Cámara en su conjunto o bien por intermediación del Presidente de la Cámara.

En Alemania, cada cámara elige la mitad de los miembros del Tribunal Constitucional Federal (artículo 94 de la Ley Fundamental). El artículo 6 de la Ley de 12 de marzo de 1953, reguladora del Tribunal Constitucional Federal, prevé que éstos son elegidos a través de un sufragio indirecto²²⁶: el Bundestag elige a doce de sus miembros como electores para este fin siguiendo las reglas de la representación proporcional: cada grupo parlamentario tiene derecho a proponer una lista de candidatos a grandes electores.

Siguiendo el Sistema D'Hondt se calcula a partir de los votos recogidos por cada lista quiénes de ellos son los elegidos para designar los miembros del Tribunal Constitucional. Los parlamentarios elegidos, por mayoría cualificada, los designan, necesitando nueve votos sobre doce para poder ser elegidos. De igual forma resulta ser el procedimiento de elección por parte del Bundesrat.

²²⁶ BEGUIN, J.C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R.F.A*, Economica, Paris, 1982, pág.29.

En España, el Congreso de los Diputados y el Senado eligen cuatro miembros del Tribunal Constitucional, respectivamente, por la mayoría cualificada de tres quintos, aunque en puridad formal, el poder de nombrarlos recae en el Rey.

En Francia, el nombramiento de los jueces es efectuado no por la Asamblea Nacional o por el Senado, sino por sus respectivos presidentes. Cada uno de ellos designa tres de los nueve miembros del Consejo Constitucional. Italia presenta la especificidad de que la designación de los miembros del Tribunal se efectúa por el Parlamento en reunión conjunta de sus cámaras. Nombra a cinco de los quince jueces constitucionales, por mayoría de dos tercios en las dos primeras vueltas y de tres quintos en la siguiente.

El Gobierno.-

España presenta la originalidad de que el Gobierno dispone de la posibilidad de elegir a dos magistrados del Tribunal Constitucional, lo que constituye una excepción en el modelo europeo, que conlleva el inconveniente de que puedan parecer nombramientos demasiado politizados.

c) El recurso a las mayorías cualificadas

En efecto, en los diferentes países, el recurso a las mayorías cualificadas a la hora de la designación de los jueces permite si no una ausencia de politización, al menos, un equilibrio entre las diferentes tendencias políticas, con lo que esto supone de garantía de protección efectiva de los derechos fundamentales.

En Alemania, la Ley Fundamental obliga a la mayoría gubernamental y a la oposición a encontrar vías de entendimiento a la hora de elegir los miembros del Tribunal Constitucional, pues la mayoría parlamentaria exigida para el nombramiento de éstos es la de dos tercios. De esta forma los puestos de juez, y entre ellos los de

presidente y vicepresidente, se reparten, de una manera más o menos paritaria, entre las dos principales fuerzas políticas.

En España, el recurso a una mayoría cualificada tiende, como en Alemania, a permitir que las grandes tendencias políticas coloquen a miembros del Tribunal próximos a sus opiniones, con lo que esto conlleva de bipolarización de la vida política. Aunque este sometimiento de los miembros del Tribunal Constitucional a los partidos políticos no siempre se produce como lo prueba el nombramiento del Presidente del Tribunal en 1980.

3.2. El estatuto de los jueces constitucionales en el Derecho comparado

Todos los países objeto de nuestro estudio prevén en su legislación criterios objetivos que limitan, a los órganos encargados, la elección de los jueces constitucionales y que aseguran, también, la independencia de éstos, una vez nombrados.

a) Los criterios de elección

Kelsen ya insistió en la necesidad de conceder un papel adecuado en la composición de la jurisdicción constitucional a los juristas de profesión²²⁷.

Juristas de reconocido prestigio.-

En todos los países, con la excepción de Francia, los magistrados son elegidos entre juristas, que ejerzan, o hayan ejercido, las funciones de juez, de abogado o de profesor de Derecho. De todas formas, el estudio de las carreras de los miembros del Consejo Constitucional francés permite afirmar que, salvo raras excepciones, esta condición también se cumple en la práctica.

²²⁷ KELSEN, H., Op. cit. Pág. 227

Según el artículo 135.2 de la Constitución italiana, "los jueces del Tribunal Constitucional se eligen entre magistrados, aunque estén jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa; entre catedráticos de universidad de materias jurídicas y entre abogados que lleven más de veinte años de ejercicio profesional". El artículo 3.2 de la Ley que regula el Tribunal Constitucional alemán prevé, de manera similar, que los jueces constitucionales deben poseer la aptitud para ejercer las funciones de juez o haber adquirido, por los exámenes de Estado prescritos, la aptitud para ejercer las altas funciones administrativas, o distinguirse por conocimientos especiales en el campo del Derecho Público y tener experiencia en la vida pública.

En cada sala, tres magistrados deben haber trabajado, al menos durante tres años, en cinco jurisdicciones federales supremas. Para Beguin, este requisito se presenta como una garantía de homogeneidad y de continuidad en el ejercicio del poder jurisdiccional²²⁸.

El artículo 159.2 de la Constitución española establece que "los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional".

La presencia de funcionarios públicos es una originalidad del sistema español, que conlleva un riesgo añadido: una vez que se termine su período de mandato en el Tribunal Constitucional, los funcionarios se reintegrarán en su anterior puesto de trabajo en la Administración, por lo que difícilmente se les puede considerar como totalmente independientes.

Necesidad de experiencia profesional acreditada.-

²²⁸ BEGUIN, J., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, cit., p. 28.

Este requisito, aunque difiere en cuanto a su duración, se puede encontrar en la legislación de los distintos países. Con él, se pretende asegurar que los tribunales constitucionales estén formados por personas con una experiencia profesional relativamente larga y cuyo bagaje profesional, en algunos casos puede que también político, sea otra garantía (junto a la elección por mayoría cualificada) de imparcialidad.

Tal como hemos visto, en España se requiere una experiencia profesional de quince años. En Alemania, además de este requisito, los magistrados han de tener, al menos, cuarenta años de edad. En Italia, el artículo 135.2 prevé que los magistrados elegidos deben llevar veinte años al menos de profesión, pudiendo, incluso, estar jubilados.

En Francia, ni la Constitución, ni la Orden de 7 de noviembre de 1958, que contiene la regulación del Consejo Constitucional prevén nada al efecto. La doctrina francesa parece unánime al reconocer que los Tribunales Constitucionales no pueden estar configurados con el mismo modelo que las cortes de justicia ordinarias y que no deben estar compuestos exclusivamente de juristas. Rivero²²⁹ resume la situación diciendo que, debido al elemento político que interviene necesariamente en las decisiones adoptadas por todos los tribunales constitucionales, es necesario que éstos estén compuestos por hombres que tengan el sentido de la vida política, que "lleven a sus espaldas experiencia política".

Esta idea nos puede hacer pensar que en los otros países los jueces constitucionales no poseen legitimidad, por no tener un bagaje político adquirido, para resolver, de la mejor manera posible para los intereses de la nación, los diferentes problemas jurídicos a los que una corte constitucional se enfrenta.

²²⁹ RIVERO, J., *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, cit., p. 520.

Exigencia de una edad mínima.-

En Alemania, como hemos adelantado, para poder acceder a la condición de magistrado en el Tribunal Constitucional, los magistrados han de tener más de cuarenta años de edad y menos de sesenta y ocho. Salvo en Alemania, en ninguno de los otros países existen limitaciones en cuanto a la edad. Sin embargo, en Italia, donde pueden elegirse magistrados ya jubilados, la doctrina es recelosa de la avanzada edad de algunos miembros del Tribunal pues este dato puede suponer un peligro para la protección de los derechos fundamentales debido a la actitud demasiado conservadora que impriman en las resoluciones acordadas por la corte.²³⁰

b) La duración y renovación de los mandatos.-

Es idea consolidada que los mandatos de larga duración aseguran la independencia de los jueces. Por esta razón el mandato en España, en Italia y en Francia, es de nueve años, mientras que en Alemania se eleva a doce años.

Esta duración, relativamente larga, también se justifica por la imposibilidad de renovar de una vez el tribunal. En España, el sistema de renovación se prevé en el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 2/79, del Tribunal Constitucional,²³¹ pudiendo ser renovados sólo los magistrados que hayan ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años.

²³⁰ Para otro sector de la doctrina, la ausencia de límite máximo de edad es un elemento positivo, en la medida en que los jueces de más edad no tienen el temor de poner en riesgo sus carreras profesionales por decisiones adoptadas en su función de juez constitucional, lo que, desde esta óptica, les daría un plus añadido de independencia.

²³¹ Artículo 16.2 "La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará por nueve años, renovándose el tribunal por terceras partes cada tres.

Ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro periodo inmediato salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años".

Igualmente sucede en Francia, tal como prevé la Orden de 7 de noviembre de 1958. En cuanto al procedimiento de renovación cabe destacar cómo, para atenuar posibles cambios políticos bruscos, la renovación de los magistrados se hace por tercios en Italia, Francia y España. Al ser la duración del mandato de nueve años, la renovación parcial del tribunal se produce cada tres años.

En Alemania, la renovación se produce cada doce años, no pudiendo procederse a la nominación como magistrados de aquellos juristas que tuvieran la edad de 68 años.

3.3. Garantías de los magistrados constitucionales

a) La inamovilidad y la inmunidad

La inamovilidad de los magistrados constitucionales es un elemento destacado de su independencia.

En España, el artículo 159.5 de la Constitución estipula que "los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato". Por su parte el artículo 22 de la LOTC establece que los magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece, las cuales vienen recogidas en el artículo 23:

- 1) Por renuncia aceptada por el Presidente del Tribunal.
- 2) Por expiración del plazo de su nombramiento.
- 3) Por incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del Poder Judicial.
- 4) Por incompatibilidad sobrevenida.

- 5) Por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo.
- 6) Por violar la reserva propia de su función.
- 7) Por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o por culpa grave.²³²

Los miembros del Tribunal Constitucional alemán, al ser éste considerado como una jurisdicción, se benefician de las mismas garantías previstas para los jueces ordinarios, entre ellas, la inamovilidad. Le corresponde al Pleno la potestad de relevar a un juez de sus funciones, así como decidir sobre su jubilación anticipada o su destitución.

Los jueces constitucionales se benefician de otra garantía, que comparten con los parlamentarios: la inmunidad, no pudiendo ser perseguidos por las opiniones emitidas en el ejercicio de su función. En la legislación española, esta inmunidad está establecida en el artículo 22 de la LOTC, ya visto, mientras que en Italia la encontramos en la Ley Constitucional de 1953.

El problema se plantea en términos distintos en Francia, donde el artículo 7 de la Orden de 7 de noviembre de 1958 precisa que, dentro de las obligaciones impuestas a los miembros del Consejo Constitucional, se encuentra la prohibición, durante la duración de sus funciones, de hacer declaraciones públicas sobre las cuestiones que hayan sido o puedan ser objeto de decisión o de consulta por parte del Consejo.

b) Las incompatibilidades.-

²³² Se completa esta regulación con el siguiente punto de este mismo artículo que establece que "el cese o la vacante en el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, en los casos primero y segundo, así como en el de fallecimiento, se decretará por el Presidente. En los restantes supuestos decidirá el Tribunal en Pleno, por mayoría simple en los casos tercero y cuarto y por mayoría de las tres cuartas partes de sus miembros en los demás casos".

Podemos distinguir dos clases: las incompatibilidades de orden político y las de orden profesional. Las incompatibilidades de orden político existen en todos los países. En Italia,²³³ en Alemania²³⁴ y en España²³⁵, el sistema de incompatibilidades prohíbe el ejercicio de funciones políticas, administrativas o judiciales.

En Francia sólo están vetadas, por el artículo 4 de la Orden de 7 de noviembre de 1958, las funciones de miembro del Gobierno, del Parlamento o del Consejo Económico y Social. Luchaire justifica el carácter limitado de estas incompatibilidades "en la creencia de los redactores de esta Orden de que ninguna personalidad de primer plano querría entrar en el Consejo si debiera abandonar la actividad a la que debe su notoriedad y que, en consecuencia, el acceso al Consejo estaría reservado a jubilados o a personas de menos prestigio"²³⁶.

Las incompatibilidades profesionales son, en conjunto, menos estrictas que las políticas. Mientras que en Italia son absolutas³⁶, en Francia son casi inexistentes, siendo compatible la función de miembro del Consejo con el ejercicio de cualquier actividad pública o privada.

²³³ En Italia, tal como lo precisa el artículo 7 de la Ley 87 de 11 de marzo de 1953, el cargo de juez es incompatible con el ejercicio de todo mandato electivo y la pertenencia a todo partido político y asociación.

²³⁴ En Alemania, la Ley reguladora del Tribunal Constitucional prevé que las funciones de miembro de este Tribunal son incompatibles con las de parlamentario, miembro del Gobierno Federal o de órgano de gobierno de un Land.

²³⁵ En España, se regula en el artículo 159.4 de la Constitución y en el artículo 19 de la LOTC, siendo incompatible el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional con el de Defensor del Pueblo, con el de Diputado y Senador, con cualquier cargo político o administrativo del Estado, las Comunidades Autónomas, las provincias u otras entidades locales, con el ejercicio de cualquier jurisdicción o actividad propia de la carrera judicial o fiscal, con empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional, con el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos, asociaciones, fundaciones y colegios profesionales y con toda clase de empleo al servicio de los mismos.

²³⁶ LUCHAIRE, A., "Le conseil constitutionnel et l'alternance politique", en *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2004/1 (nº 57): p. 69.

En Alemania, los jueces pueden continuar su actividad de profesor de derecho en las universidades, teniendo prioridad su actividad como juez sobre la de profesor universitario.²³⁷

En España, el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible con el desempeño de actividades profesionales o mercantiles.

c) La prestación de promesa o juramento.-

Una vez nombrados, los magistrados deben prestar promesa o juramento²³⁸ ante el Jefe de Estado, que aparece así como el último guardián de la Constitución. Como hemos visto, la independencia de los miembros de los Tribunales Constitucionales es un elemento imprescindible para asegurar la imparcialidad de su labor. Pero esta independencia también debe extenderse a la propia organización y funcionamiento de los Tribunales como órgano.

3.4. Organización interna de los Tribunales o Cortes constitucionales

La preocupación por garantizar de forma ejemplar la independencia de estos tribunales ha inspirado una serie de normas que definen tanto su estructura interna y organización como el reclutamiento de su personal y la autonomía financiera.

a) El nombramiento del Presidente.-

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ Las fórmulas de juramento se encuentran en el artículo 11 de la Ley de 12 de marzo de 1951, en Alemania, en el artículo 21 de la LOTC y en el artículo 3 de la Orden de 7 de noviembre de 1958, en Francia.

Un dato revelador de la independencia institucional del Tribunal Constitucional consiste en comprobar qué órgano es el encargado de la designación de su Presidente. En España, el Presidente del Tribunal Constitucional es nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años²³⁹.

El artículo 135 de la Constitución italiana prevé asimismo el nombramiento del presidente por el Tribunal. Es elegido por la asamblea plenaria de los jueces por mayoría absoluta de sufragios en las dos primeras votaciones o por mayoría simple en la siguiente vuelta, entendiéndose que, en caso de empate entre dos candidatos, se elegirá al de más antigüedad, contándose ésta a partir de la fecha de prestación de juramento.²⁴⁰

Por lo tanto, tal como en España, el mandato del Presidente es por tres años y renovable.

En Alemania, como en Francia, el presidente es designado por una autoridad encargada de su nombramiento. Las funciones de Presidente y de Vicepresidente se confían a personalidades de tendencias políticas diferentes, buscándose de esta forma la neutralización del factor político. Sin embargo, este resultado no se consigue absolutamente en Francia, donde el Presidente del Consejo Constitucional, que es elegido por el Presidente de la República, dispone de voto decisorio en caso de empate, pudiendo, incluso ser elegido presidente uno de los miembros vitalicios del Consejo (los antiguos Presidentes de la República), lo que reforzaría la influencia de la política sobre el Consejo.

b) El control interno del Tribunal.-

²³⁹ Artículo 160 de la Constitución de 1978.

²⁴⁰ Respecto a la organización del Tribunal en Italia resulta interesante ver el trabajo de ESCARRAS, J.C., "La justice constitutionnelle en Italie", en *Cahiers du CDPC*, Université de Toulon et du Var, Volumen 1. Toulon 1992, Pág. 13.

Nos referiremos, en este apartado al órgano encargado de verificar las condiciones de capacidad de los magistrados elegidos y al poder disciplinario en el seno del Tribunal.

-Verificación de las condiciones de capacidad

En Italia, incumbe a los miembros del Tribunal la verificación de las condiciones de capacidad, establecidas por la Constitución, que han de cumplir los magistrados. La decisión es adoptada por mayoría absoluta de los miembros de la Corte mediante voto secreto.

En cambio, en Alemania, corresponde al Ministerio de Justicia verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Ley Fundamental, correspondiendo al Presidente Federal asegurar la ausencia de vicio de procedimiento en el momento del nombramiento de los magistrados.

-El poder disciplinario

Todos los tribunales disponen de este poder. Alemania presenta la originalidad de que el propio Tribunal autoriza al Presidente de la República a ejercer dicho poder. Esta decisión, que se adopta por mayoría de dos tercios, permite resolver la jubilación anticipada de un juez que no esté en condiciones de cumplir sus funciones o de destituirlo en caso de falta grave en el cumplimiento de sus obligaciones o de condena a pena privativa de libertad por un período superior a seis meses. Durante el proceso de adopción de estas medidas se le puede suspender cautelarmente en el ejercicio de sus funciones.

En España. La LOTC prevé la posibilidad de una suspensión provisional con el fin de permitir al tribunal resolver sobre la destitución de uno de sus miembros.

En Francia, el artículo 10 de la Orden de 7 de noviembre de 1958 prevé que corresponde al Consejo Constitucional comprobar la dimisión de oficio del magistrado

que no respete la lista de incompatibilidades o que no se encuentre en pleno dominio del ejercicio de sus derechos civiles o políticos. Tal como precisa Luchaire⁴⁴, en caso de otras hipótesis, el Consejo Constitucional puede recurrir al procedimiento del artículo 10, pero no está obligado, pudiendo limitarse simplemente a constatar la existencia del incumplimiento de alguna de las limitaciones legales y a dar el correspondiente aviso al magistrado afectado.

En la hipótesis de faltas más graves, o consideradas como tales (falta de diligencia en el cumplimiento de su cargo, violación de la obligación de reserva, condena penal), es necesaria la mayoría de tres cuartos de los miembros del Tribunal. Interesa resaltar que la falta de diligencia en el cumplimiento de las funciones propias está contemplada en la regulación de igual forma que la condena por robo o falta grave.

En Italia, los magistrados del Tribunal Constitucional sólo pueden ser cesados por incapacidad física, cívica o por la comisión de una falta grave en el ejercicio de sus funciones, mediante el voto secreto de dos tercios de los magistrados presentes.

c) La autonomía de los Tribunales.-

El grado de autonomía de los Tribunales se revela tanto en la capacidad que la legislación les otorgue en la elección del personal como en su independencia financiera.

-La elección del personal.-

Según Bon una de las condiciones de independencia de una jurisdicción constitucional es la de disponer de personal propio dependiente exclusivamente de dicho Tribunal, tal como ocurre en el Parlamento, y reclutado a través de un procedimiento propio, establecido a tal efecto²⁴¹.

²⁴¹ BON, F., Op.cit. Pág. 61.

Este es el caso del Tribunal Constitucional español que dispone de un cuerpo propio de altos funcionarios: los letrados encargados de funciones de estudio y de preparación de decisiones, así como de personal administrativo de secretaría y de apoyo, elegido por el propio tribunal, que suponen un amplio contingente que garantiza un funcionamiento eficaz e independiente del mismo.

En Italia, los servicios administrativos se encuentran bajo la dirección del Secretario General. Se encuentran divididos en dos categorías, atendiendo a las diferentes funciones del Tribunal.²⁴²

En Alemania, el artículo 1 de la Ley de 12 de marzo de 1951 relativa al Tribunal Constitucional estipula que este tribunal es independiente y autónomo frente a los otros órganos constitucionales. Señala Beguin⁴⁸ que, desde un principio, se hizo reconocer un auténtico status de órgano constitucional que le situara en el mismo plano que el Bundestag, el Bundesrat, el Presidente Federal o el Gobierno Federal, y que le independizara totalmente en el plano administrativo y financiero en su relación con el Ministerio de Justicia, disponiendo, pues, de personal propio y pudiendo solicitar la ayuda científica de colaboradores externos.

En Francia, tal como señala Goguel, "la administración del Consejo Constitucional es muy ligera"²⁴³.

-La autonomía financiera.-

Podemos decir que la autonomía financiera en España es total, elaborando el Tribunal su propio proyecto de presupuesto, que es automáticamente incorporado por el Gobierno al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.

²⁴² ESCARRAS, J.C., en el artículo ya citado "La justice constitutionnelle en Italie", página 16, indica que esta diferenciación se efectúa en relación con las distintas funciones de la Corte. Así, los servicios y despachos de categoría A corresponden a los asesores de los jueces en su función judicial, mientras que los de la categoría B corresponden a los servicios de administración y de gestión.

²⁴³ GOGUEL, F., "Le Conseil Constitutionnel". *Revue de Droit Public* 73 (1979): p. 8.

En Italia, la Ley 87/53 prevé que el Tribunal se ocupa de la gestión de sus gastos, servicios y oficinas, estableciendo la remuneración, atribuciones, derechos y deberes de sus funcionarios. El Tribunal Constitucional alemán y el Consejo Constitucional francés disponen igualmente de autonomía financiera. Con respecto a este último, el artículo 16 de la Orden de 7 de noviembre de 1958 prevé que los créditos necesarios para el funcionamiento del Consejo Constitucional se incorporan al Presupuesto General, en la sección "Poderes Públicos".

3.4. Algunas conclusiones sobre los sistemas de control constitucional

Los órganos jurisdiccionales locales –y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional– ejercitan el llamado control de constitucionalidad que comporta una comparación entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera.

Podemos hablar entonces de un control *concentrado*, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austriaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso –como es por demás sabido–, del control difuso que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales.

Del estudio somero de estos tribunales constitucionales, de su organización y del estatuto de sus jueces, se deduce la conformación de los modelos de control *concentrado* de constitucionalidad existentes en algunos países europeos, cuya herencia fue acogida por varios países latinoamericanos y, entre ellos, Bolivia. En este sentido y como se verá más adelante, el modelo de justicia constitucional imperante en Bolivia responde al paradigma del control concentrado, aunque con algunos tintes de aplicación directa de la Constitución, que ha llevado a algunos autores a afirmar la existencia en el

ordenamiento boliviano de un régimen *no puro* sino *mixto* de control de constitucionalidad. Lo analizaremos en el capítulo siguiente.

CAPITULO VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA BOLIVIANO

1. GÉNESIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA

1.1. Antecedentes remotos

La Constitución bolivariana de 1826, denominada así debido a que su redacción fue en gran parte debida al Libertador Simón Bolívar, disponía, en su Art. 51, el nombramiento de las atribuciones de la Cámara de Censores. Donde se establecía textualmente lo siguiente

“1ro.- velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos.

2do.- Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos”.

En la nueva Constitución de 1831 se creó el Consejo de Estado otorgándole, por disposición del Art. 93, el Control de la Constitución. Dicho órgano estaba conformado por 7 individuos designados por el Congreso por pluralidad absoluta de votos. Quienes

informaban documentalmente al Legislativo sobre las infracciones de ella. En la Reforma del año 1839 se suprimió el Consejo de Estado sin que se asigne el Control de Constitucionalidad a otro Órgano. En la reforma del año 1843 se estableció otro organismo llamado Consejo Nacional y se le otorgó la tarea de velar por la observancia de la Constitución.

En 1851 se volvió a reformar la Constitución y se anuló el Consejo Nacional y no se creó otro organismo de control constitucional. En la reforma del año 1861, se restituyó el Consejo de Estado en esta oportunidad se amplían sus funciones de Control de Constitucionalidad en el ámbito consultivo y correctivo el Art. 41 estableció que son atribuciones del Consejo de Estado:

3) Dar su voto sobre los proyectos de Ley o Reglamentos, que el Gobierno le pase por vía de consulta.

4) Juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema de justicia y a los vocales del Tribunal General de Valores, cuando la asamblea declare haber lugar a la acusación.

7) Declarar la Legalidad o Ilegalidad de los impuestos creados por las Municipalidades y Ministros de Estado, por actos inconstitucionales, para someterlos a la Asamblea, previa Instrucción Conveniente. En la misma reforma se instituyó el Sistema de Control Jurisdiccional, asignándole a la Corte Suprema de Justicia. En su Art. 65 que a la letra dice Son atribuciones de la Corte de Casación: 2do.- Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad de las leyes.

En el año 1868 se suprimió el Consejo de Estado y en el año 1871 se restableció nuevamente con modificaciones en su composición y atribuciones en su Art.59, donde las mismas corresponden al sistema de control de constitucionalidad en el orden normativo preventivo y correctivo

El sistema de control jurisdiccional *difuso* fue instituido a través de la reforma de 1861 que consagró el principio de la Supremacía Constitucional en su Art. 86, cuyo tenor literal dice: “*Las Autoridades y tribunales aplicarán esta constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*”. Asimismo se encomendó la labor del control de constitucionalidad, por la vía de acción concreta, al Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que en su Art. 79, Inc. 2do.-, determinó que las atribuciones del Tribunal Supremo serán también en Conocer de los Negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad de las Leyes.

Con estos antecedentes se organizó el sistema de control difuso, donde los jueces de la República tenían la atribución de inaplicar una disposición legal que resultara claramente incompatible con las normas de la Constitución y, por ende, el máximo Tribunal de Justicia de la Nación tenía la facultad de conocer y tramitar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma legal, cuya decisión tenía un efecto inter partes.²⁴⁴

1.2. El control de constitucionalidad *difuso* establecido por la Constitución de 1967 hasta las reformas de 1994

Teniendo en cuenta los regímenes de control constitucionalidad adoptados por las anteriores reformas constitucionales, la doctrina nacional ha sostenido que en Bolivia se ha adoptado el sistema de control mixto.²⁴⁵ Es decir, la labor del control de constitucionalidad ha sido encomendada a los organismos jurisdiccionales de carácter técnico-jurídico, que la desarrollan a través del conocimiento y sustanciación de las acciones, demandas y recursos planteados por quienes están legitimados por la

²⁴⁴ RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional–Procesos Constitucionales en Bolivia*, cit., p. 117.

²⁴⁵ Cfr.: VV AA., *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Estudios Constitucionales, 1998, p. 49; RIVERA SANTIVAÑEZ J. A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit. p. 163

Constitución y la Ley. Es un sistema en el que concurren los elementos del control difuso, así como del concentrado.²⁴⁶

En efecto, el Art. 228 de la CPE de 1967 ya establecía que *La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*». Si bien en la reforma constitucional de 1994 se creó el Tribunal Constitucional como organismo especializado encargado del control de constitucionalidad, empero el Artículo 228 de la Constitución de 1967 no fue modificado por la reforma constitucional de 1994, manteniendo a juicio de algunos autores, el sistema de control difuso. Deduciéndose que todos los jueces y tribunales judiciales del país, al resolver un proceso judicial que llega a su conocimiento en el que se presenta una colisión de una ley con la Constitución, tienen la obligación de aplicar esta última, es decir, de no aplicar la ley que contradice a la Constitución, lo que importa un control de constitucionalidad similar al dispuesto en el modelo de control difuso, también denominado «*judicial review*» o revisión judicial.

Por otro lado, los juzgados y tribunales ordinarios ejercen el control de constitucionalidad, en el rubro del control del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, mediante el conocimiento y sustanciación de los recursos extraordinarios de hábeas corpus y amparo constitucional, que son recursos de tutela para el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales normativas consagrados en la Constitución y las leyes.

En relación con esta disposición constitucional y el alcance en cuanto al modelo de control constitucional, Rivera Santivañez se preguntó: ¿cuál es el alcance de dicha norma? ¿Cómo debemos interpretar la referida norma constitucional?²⁴⁷

²⁴⁶ *Ibídem*

²⁴⁷ *Ibídem*

Respondiendo al efecto que la norma citada, por una parte, establece el principio de la supremacía legal de la Constitución en el orden jerárquico de las normas, aunque con graves omisiones; por otra, obliga a su aplicación preferente con referencia a las demás normas del ordenamiento jurídico.

¿Cómo debía entenderse o interpretarse la segunda parte de la norma, es decir, la disposición respecto a la aplicación de la Constitución frente a las demás normas? Siendo la Constitución la ley fundamental del Estado, se entiende que todo funcionario público o autoridad, juez o tribunal está obligado a aplicarla frente a una ley, decreto o resolución cuyas normas sean contrarias a la Constitución. La frase «*con preferencia*» no debe ser entendida como opcional que permita al funcionario, autoridad, juez o tribunal optar entre la Constitución y una ley, decreto o resolución, y en su caso aplicar las normas legales ordinarias frente a la Constitución. Debe entenderse en el sentido de la prelación, es decir, de que la norma constitucional tiene primacía para ser aplicada frente a las otras normas legales ordinarias; por lo tanto, siempre se debe aplicar primero la Constitución; luego las leyes, conforme al rango que tengan; después, los decretos supremos, resoluciones supremas, y así sucesivamente.

En consecuencia, en una determinada situación en que el juez o tribunal judicial ordinario esté conociendo y tramitando un proceso judicial, en el momento de dictar la sentencia, si se presenta el caso de que la ley en que debe fundar la misma es claramente contradictoria con una norma de la Constitución, deberá aplicar la norma de la Constitución, pues ese es el espíritu de la norma establecida por el artículo 228 de la Constitución de 1967 (no modificado en la reforma de 1994), y así enseña la doctrina relacionada con el tema.²⁴⁸

Así pues, el artículo 228 de la Constitución de 1967 establecía el sistema de control jurisdiccional *difuso*, porque al determinar la supremacía legal de la Constitución, luego el orden jerárquico y, por ende, instituir la aplicación prelativa de la norma constitucional, implícitamente está facultando a los jueces y tribunales a inaplicar

²⁴⁸ *Ibidem*

la ley, decreto o resolución cuyas normas sean contrarias a la Constitución. Por consiguiente, todo juez o tribunal ordinario, que tenga la seguridad de que la norma legal sobre cuya base deberá dictar su resolución o sentencia es contraria a la Constitución, tiene la obligación de no aplicar dicha norma por inconstitucional, y sólo en los casos de que tenga duda y no la certeza, deberá promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.²⁴⁹

Como se había mencionado, el sistema de control *difuso* implica la exigencia de aplicación primigenia de la Constitución por sobre toda otra normativa de rango inferior, siendo este sistema reconocido en el Art. 228 de la CPE de 1967. Por ello, Rivera Santivañez, citando al profesor peruano Rodríguez Domínguez,²⁵⁰ aludiendo al sistema de control de constitucionalidad por los tribunales ordinarios, señala que «los mismos dejan de aplicar la norma contraria a la Constitución en un caso concreto del que están conociendo, pero dicha norma queda en vigencia».

Por otro lado, el venezolano Brewer-Carías,²⁵¹ al describir los poderes *ex officio* de los jueces, manifiesta que el mismo es «el deber de todos los tribunales que deriva del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, lo que implica el deber de dar preferencia a la Constitución y, en consecuencia, de desaplicar las leyes que se consideren inconstitucionales». Más adelante, el citado autor, refiriéndose a la forma y ocasión en que deben cumplir con el deber constitucional los jueces, señala que «si se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y desaplicar, para su decisión, la ley que consideren inconstitucional, los jueces deberían poder considerar de oficio las cuestiones de constitucionalidad, a pesar de que ninguna de las partes en el proceso las haya planteado».

²⁴⁹ *Ibíd*em

²⁵⁰ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, E., *Derecho Procesal Constitucional*, 2.ª ed., Lima, Perú, Ed. Grijley, 1999, p. 28

²⁵¹ BREWER CARIAS, J., «La Jurisdicción Constitucional en América Latina», publicada en el libro, coordinado por Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 129.

En base a estas apreciaciones, la base legal para la existencia del control difuso de constitucionalidad en el ordenamiento boliviano, se encontraría en el Art. 228 de la abrogada CPE de 1967. Ahora bien, el año 1994 se insertan modificaciones a la extinta CPE de 1967, siendo una de ellas la creación del Tribunal Constitucional que de acuerdo con el Art. 120 Inc. 1, tendría la atribución de resolver en única instancia los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Incluyendo con esta reforma el denominado sistema de control concentrado de constitucionalidad, ya que a decir de varios autores²⁵² el nuevo Tribunal Constitucional boliviano tendría de acuerdo con este artículo, la atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y todo género de normativas que contravengan la CPE.

Posteriormente se dictó la ley del Tribunal Constitucional No. 1836 que en su Art. 1 apdo. II establecía que son fines del TC ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la CPE, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados. En base a esta disposición normativa y teniendo en cuenta que no se había derogado el Art. 228 de la CPE de 1967, se llegó a decir que el sistema constitucional boliviano reconocía un modelo de control de constitucionalidad *mixto*.²⁵³ Es decir, por un lado el Art. 228 de la CPE determinaba la obligación que tenían todos los jueces de aplicar la CPE con primacía a cualquier otra norma de rango inferior; y por el otro, la reforma constitucional operada por el Art. 120 de la CPE de 1994 y reglamentada por la LTC que determinaba la finalidad de control concentrado de parte del TC en el ejercicio del control de constitucionalidad.

²⁵² Cfr.: RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit. p. 137; VARGAS LIMA, A. E., Reflexiones Críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional, *Revista electrónica Jurídica de la Universidad de Aquino de Bolivia*, p. 6.

²⁵³ *Ibidem*

2. EL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DISEÑADO POR LA CPE DE 2009 Y POR LA LEY 027 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Con la entrada en vigencia de la Nueva CPE, el modelo mixto de control constitucional que imperaba en Bolivia, cambia radicalmente hacia el modelo de control *concentrado*, exclusivamente ejercido por el Tribunal Constitucional, ahora denominado *Tribunal Constitucional Plurinacional* (TCP). De tal manera que en virtud del Art. 179. III de la nueva Constitución, la Justicia Constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, el que por mandato del art. 196 CPE, debe velar por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautelará el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Y en la misma línea cabe incluir el Art. 410 de la CPE, cuando establece el bloque de constitucionalidad.²⁵⁴

En este sentido, el Título III de la CPE titulado *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*,²⁵⁵ en el capítulo sexto, regula las funciones, naturaleza, conformación y otros del TCP. A estos efectos, en el Art. 196 CPE se establecen los fines del mismo relativos a la salvaguarda del principio de primacía constitucional ejerciendo la constitucionalidad y precautelamiento del respeto a los derechos y garantías constitucionales. Además que se le asigna la función de intérprete de la

²⁵⁴ El Título III de la Parte Segunda lleva el *nomen juris* Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, y está organizado en seis capítulos. En el Capítulo Primero del referido título se incluyen disposiciones generales; y en el art. 179.I se definen las jurisdicciones a través de las cuales se ejerce la función judicial, nombrando la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Agroambiental, y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina. En el párrafo Tercero del art. 179, se define textualmente que la Justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. (RIVERA SANTIVAÑEZ, J., *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, cit., p. 133)

²⁵⁵ De acuerdo con Rivera Santivañez este precepto fundamenta de que el TCP forma parte de la estructura orgánica del Órgano Judicial, lo que supondría que el órgano encargado del control de constitucionalidad no es independiente con relación al Órgano Judicial, sobre cuyos actos y decisiones ejerce el control de constitucionalidad. Sin embargo, esa conclusión no sería razonable y acorde con el sistema constitucional, por lo que corresponde realizar una interpretación sistemática de las normas constitucionales. (RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, cit. p. 134)

Constitución, ya que en su apartado segundo se establece que el TCP aplicara como criterio interpretativo con preferencia la voluntad del constituyente de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones así como el tenor literal del texto constitucional.

2.1. El diseño de control constitucional establecido por la nueva CPE

En esta última reforma constitucional, a juicio de Rivera Santivañez, no se ha modificado el modelo de control constitucional difuso que ya fue adoptado mediante la reforma constitucional de 1994; lo que significa que se mantiene el modelo europeo o “kelseniano”, con resabios del modelo americano de la revisión judicial.²⁵⁶

Según este autor, dicha afirmación tiene su fundamento en el hecho de que en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas, el *Tribunal Constitucional Plurinacional* tiene el monopolio para anular y expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones legales infra constitucionales que sean incompatibles con la Constitución por contradecirla e infringirla; pero que en esa labor participan los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria promoviendo la Acción de Inconstitucionalidad concreta. De otro lado, en el ámbito del control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio de la función a través del conocimiento y resolución de las acciones de conflictos de competencia. Sin embargo, en el ámbito del control tutelar de los derechos fundamentales, la labor es realizada por los jueces y tribunales de garantías constitucionales en única instancia, el Tribunal Constitucional Plurinacional interviene conociendo y resolviendo las acciones tutelares en grado de revisión de oficio.²⁵⁷

²⁵⁶ RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, cit. p. 134.

²⁵⁷ VV AA., *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Estudios Constitucionales, Sucre 2000, p. 49

Uno de los fundamentos para sostener la tesis de que el modelo de control de constitucionalidad adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia es el europeo o “kelseniano”, con resabios del modelo americano, en un sistema jurisdiccional mixto, se encuentra en las normas previstas por el art. 410 CPE, por cuyo mandato: “I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. De las normas glosadas se puede inferir que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, por mandato constitucional, están impelidos a aplicar la Constitución y no la ley en un caso concreto en el que tengan la certeza absoluta de que esta última es incompatible con la norma constitucional con la norma constitucional”.²⁵⁸

Cuestión fundamental de cara a precisar la naturaleza institucional del Tribunal Constitucional, tanto en la doctrina constitucional como en la estructura jurídica de nuestro ordenamiento, ha sido la de determinar si la jurisdicción constitucional como función del TCP es parte del Órgano Judicial o es una institución separada de esta.

De acuerdo con la doctrina constitucional reciente existen dos posturas sobre este tema. Por un lado se manifiesta que el TCP forma parte del Órgano Judicial en razón a la función jurisdiccional que desempeña al lado de las jurisdicciones de aplicación de la legalidad ordinaria y por otro lado, existe una postura que identifica al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional separado del órgano judicial y constituido en un poder u órgano conformador del poder público junto con los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.²⁵⁹

De acuerdo con Rivera Santiviáñez, se podría sacar la conclusión de que respecto al TCP, éste forma parte de la estructura orgánica del Órgano Judicial, lo que supondría

²⁵⁸ VARGAS LIMA, A., “Reflexiones Críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional”, *Revista electrónica Jurídica de la Universidad de Aquino de Bolivia*, p. 7.

²⁵⁹ VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 89

que el órgano encargado del control de constitucionalidad no es independiente con relación al Órgano Judicial, sobre cuyos actos y decisiones ejerce el control de constitucionalidad. Sin embargo, esa conclusión no sería razonable y acorde con el sistema constitucional, por lo que corresponde realizar una interpretación sistemática de las normas constitucionales.

Sustentando esta postura, se alega lo dispuesto por el Título III, de la Parte Segunda de la CPE denominada bajo el *nomen juris* de Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, estando organizado en seis capítulos. En el Capítulo Primero del referido Título se incluyen disposiciones generales; y en el art. 179.I se definen las jurisdicciones a través de las cuales se ejerce la función judicial, nombrando la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Agroambiental, y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina. En el párrafo Tercero del art. 179, se define textualmente que la Justicia constitucional se ejerce por el *Tribunal Constitucional Plurinacional*.

Por otro lado, existe la postura que inserta al TCP como una instancia independiente del Órgano Judicial. Para estos efectos y basándose también en la normativa inserta en la CPE y la LTCP se afirma que el *Tribunal Constitucional Plurinacional* es un órgano constitucional con independencia orgánica, funcional y jurisdiccional frente al Órgano Judicial y los otros órganos del poder constituido. En desarrollo de las normas constitucionales, el art. 3.6 de la Ley 027, al nombrar los principios que rigen la justicia constitucional, proclama el principio de la *independencia* definiendo textualmente que: “*la justicia constitucional no está sometida a ningún otro órgano del poder público*”; el art. 10 de la citada Ley define que el Tribunal Plurinacional goza de independencia económica y presupuestaria; y el art.11 de la mencionada Ley, al definir su naturaleza jurídica define textualmente lo siguiente: “El *Tribunal Constitucional Plurinacional* es independiente de los demás órganos

constitucionales y está sometido solo a la Constitución Política del Estado y la presente ley”.²⁶⁰

En el caso boliviano, la conformación que la CPE ofrece de este órgano constitucional lo inserta aparentemente como un órgano independiente y separado del Órgano Judicial. Prueba de ello lo establecido en la denominación que el Título III de la CPE da, cuando refiere al Órgano Judicial y Tribunal Constitucional. Por otro lado la conformación institucional que prescribe la Ley del Órgano Judicial sin tomar en cuenta en su organigrama institucional al Tribunal Constitucional y su avocación reglamentaria a una ley concreta, como lo es la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, hacen notar a esta institución como independiente del Órgano Judicial, aunque ambas ejercen la única función judicial reconocida en el Art. 179 de la CPE.

En lo que respecta a las funciones del TCP el Art. 2 LTCP manifiesta que el TCP tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

El Art. 3 LTCP relaciona los principios que regirán las actuaciones del TCP. Entre estos cobran especial relevancia aquellos que fundamentan el pluralismo político, jurídico y social del Estado boliviano y que manifiestan el nuevo paradigma plurinacional de la función judicial en contraposición al paradigma mono jurídico y nacional que regía en el anterior régimen constitucional. Entre estos principios se encuentran el de pluralismo jurídico, plurinacionalidad, interculturalidad, complementariedad, armonía social y cultura de paz

2.2. La Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP)

²⁶⁰ *Ibidem*

Dando cumplimiento al mandato previsto en la disposición Transitoria Segunda de la Nueva CPE, concordante con los artículos 197-III y 204, ambos de la misma Ley Fundamental, la Asamblea Legislativa Plurinacional en ejercicio de sus atribuciones ha sancionado la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), de fecha 6 de julio de 2010; disposición legal en cuyo tenor se observa un contenido mixto, dado que por una parte, establece normas de carácter orgánico que regulan la organización interna y funcionamiento del *Tribunal Constitucional Plurinacional* (TCP) y por otro lado, también prevé normas de carácter procesal que regulan los procesos constitucionales para el ejercicio del *control concentrado* de constitucionalidad que se ha establecido en Bolivia, como ya hemos apuntado.

La nueva Ley contiene una sistemática que se encuentra adecuadamente organizada, con un Título Preliminar que contiene las disposiciones y Principios Generales que fundamentan la aplicación de sus normas; una Primera Parte que se refiere a la Composición, Organización y Funcionamiento del *Tribunal Constitucional Plurinacional*, y una Parte Segunda que trata esencialmente de los nuevos Procedimientos Constitucionales que serán conocidos, sustanciados y resueltos por el referido Tribunal, aspecto este que ciertamente no difiere mucho de la regulación contenida en la anterior Ley N° 1.836 del Tribunal Constitucional que estuvo vigente hasta principio del año 2011.

2.2.1. Disposiciones generales de la LTCP

En el Título Preliminar de la nueva ley, en lo referido estrictamente a las disposiciones y Principios Generales, el artículo 1° (objeto), que por su amplio contenido debiera haberse subdividido en dos párrafos para su mejor comprensión, señala que la ley tiene por objeto “regular la estructura, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional...”, que debió complementarse con lo siguiente: “así como el ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución Política del Estado y la presente ley”, aspecto orgánico que debe incluir esta ley de forma imprescindible. El

texto restante, como se ha indicado, debió insertarse en un segundo párrafo, donde se indicara que, además de lo anterior, la Ley está destinada a establecer: “las reglas de procedimiento que deben ser observadas por los Jueces y Tribunales de Garantías Constitucionales en las acciones tutelares y/o normativas cuyo conocimiento y resolución les asigna la presente ley, y demás disposiciones legales conexas”, cuyo fundamento consiste en lo detallado a continuación.

La labor de control de constitucionalidad respecto de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de la persona, al ser encomendada a los jueces y tribunales ordinarios por la misma Constitución, con motivo de la existencia de un conflicto constitucional *inter partes*, transforma a éstos en Jueces y Tribunales de Garantías Constitucionales; es decir, que ya no actúan en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, sino más bien en ejercicio de la jurisdicción constitucional, debiendo realizar necesariamente una interpretación constitucional con referencia a los derechos fundamentales y garantías constitucionales consagrados en la Ley Fundamental, y que eventualmente pudieran encontrarse en conflicto de validez y/o preferencia, actividad ésta que resulta indispensable en la sustanciación y resolución de los casos que les corresponde conocer, para la concesión o denegación de la tutela que se demande, o en su caso para determinar si existe o no una duda razonable respecto de la constitucionalidad de una disposición legal, en el caso concreto que fuere sometido a su conocimiento.

Es ineludible tener en cuenta este aspecto, máxime si se considera que actualmente la Jurisdicción Constitucional debe ser entendida como aquella potestad exclusiva que tiene el Estado Plurinacional de Bolivia²⁶¹, para administrar justicia en aquellos

²⁶¹ Respecto al modelo de Estado Plurinacional, a criterio de RIVERA SANTIVANEZ, ciertamente no se encuadra en la doctrina constitucional clásica ni contemporánea, dado que se trataría de una nueva modalidad de organización política de la sociedad que, como manifiestan sus impulsores, se encuentra destinada a la descolonización de las naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo su autonomía territorial. "De manera que siguiendo los fundamentos expuestos en los debates de la Comisión Visión de Estado por quienes lo sustentan, podríamos inferir que se trata de un modelo de Estado que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo una misma Constitución y Gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de

conflictos constitucionales de carácter normativo, competencial y/o tutelar, que son sometidos a su conocimiento y que se suscitan con el propósito de que el órgano encargado del control de constitucionalidad, actúe asegurando la primacía de la Constitución, así como se ocupe de velar por la protección efectiva de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

2.2.2. Jurisdicción constitucional y justicia constitucional

Por otro lado, el artículo 2° (Ejercicio y finalidad de la justicia constitucional), establece que “la justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales”. En principio, debe indicarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional al haber sido instituido por la Nueva Constitución Política del Estado como el único órgano encargado de realizar el control concentrado de la constitucionalidad en Bolivia, ejerce lo que se denomina *Jurisdicción Constitucional*²⁶², concepto este que difiere en su esencia, de lo que se llama *Justicia Constitucional*, y para comprender esta diferencia conceptual, es necesario acudir a la doctrina del Derecho Procesal Constitucional –que aún se halla en formación en Bolivia, desde

autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales; lo que implica que, en este modelo de Estado se parte del concepto de nación política, y no solamente del concepto de nación cultural; de lo que podría concluirse que se trata de un Estado compuesto o asociado próximo a un Estado Federativo-autonómico, ya no de un Estado uninacional” (RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *El Nuevo Sistema Constitucional del Estado Boliviano*, cit., p. 12).

²⁶² Al respecto es útil recordar que “un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos (...)”. FAVOREU, L., *Los Tribunales Constitucionales*, cit., p.7. Asimismo, se ha llegado a conceptualizar doctrinalmente a los Tribunales Constitucionales como aquellos “órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales”. NOGUEIRA ALCALÁ, H., *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en La alborada del Siglo XXI*, (Cochabamba-Bolivia: Editorial KIPUS, 2006), p. 88.

1994²⁶³—, uno de cuyos máximos exponentes es el profesor mexicano Héctor Fix Zamudio, quien hace ya tiempo atrás ha realizado la diferenciación teórico-práctica de ambos conceptos²⁶⁴.

A nivel doctrinal, se dice que existe *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales ordinarios se dedican a resolver problemas de carácter constitucional, y, en cambio, se habla de *Jurisdicción Constitucional* propiamente dicha, cuando existen órganos calificados y especiales creados específicamente para realizar esos fines, es decir, cuando la labor de control de la constitucionalidad se halla encargada a los Tribunales o Cortes Constitucionales. En otras palabras, y para una mejor comprensión de estos conceptos, resulta necesario recordar las siguientes ideas del profesor Nogueira Alcalá:

"En un sentido estricto o restringido, con el vocablo justicia constitucional se alude a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución en sentido formal y material, determinando la posible inconstitucionalidad de dichas normas o actos, determinando su inaplicabilidad, su anulación o su nulidad. La justicia constitucional es aquella desarrollada por los diversos tribunales y jueces de todos los órdenes con competencia en materia constitucional y de protección de los derechos fundamentales, mediante las acciones y recursos previstos en la respectiva Constitución y leyes que aseguran la integridad de la Constitución. (...) Existirá jurisdicción constitucional, cuando existan tribunales que ejerzan la potestad para conocer y resolver mediante un

²⁶³ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *El Control de Constitucionalidad en Bolivia*, cit., p. 45-86.

²⁶⁴ Para el jurista mexicano, la Justicia Constitucional se concibe como "el conjunto de procedimientos de carácter procesal por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental (...)", y en cambio el concepto de Jurisdicción Constitucional comprende el estudio de "la actividad de verdaderos tribunales, formal y materialmente considerados, que conozcan y resuelvan las controversias de naturaleza constitucional de manera específica, es decir que los citados tribunales están especializados en la decisión de los conflictos de carácter constitucional". FIX-ZAMUDIO, H.r, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional*, (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1968), p. 15.

procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada en el ámbito del Estado, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución (...)"²⁶⁵.

Al respecto, la Constitución Boliviana, lamentablemente, también ha incurrido en el error de no precisar correctamente el concepto de la función asignada al TCP, cuando en su artículo 179 parágrafo III indica: “*La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional*”, aspecto que debió ser aclarado por esta Ley que desarrolla el mencionado precepto constitucional, lo cual coadyuvaría a dilucidar la confusión de los términos utilizados, asegurando así la didacticidad de su contenido normativo. En consecuencia, y considerando que la Nueva Constitución ha instituido al TCP con funciones jurisdiccionales en el ámbito normativo, competencial y/o tutelar, entonces se concluye que el mismo se encuentra plenamente habilitado por la propia Ley Fundamental para ejercer la *Jurisdicción Constitucional* en el Estado Plurinacional de Bolivia, constituyéndose asimismo en el principal garante de la vigencia plena de la Constitución, como norma básica e indispensable para la convivencia pacífica y democrática de la sociedad boliviana. Por tanto, quede constancia de la imprecisión del lenguaje utilizado por la Ley y conste que el tema ya ha sido dilucidado por la doctrina constitucional contemporánea.

Por otro lado, de manera complementaria a lo dicho, conviene precisar que, de acuerdo a la doctrina Procesal Constitucional (a la que ya hemos aludido en numerosas ocasiones), el *Control de Constitucionalidad* se concibe como aquella actividad política o jurisdiccional (de acuerdo al modelo que se adopte) que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la cual debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, por los gobernantes y gobernados, así como también debe ser aplicada con preferencia a las leyes, decretos y/o cualquier género de resoluciones, vale decir que se trata esencialmente de una acción de verificación de la compatibilidad y conformidad

²⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, cit. (n. 4), p. 30-34

de las disposiciones legales, los actos, resoluciones y decisiones de los gobernantes, con los valores supremos, los principios fundamentales, los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, consagrados por la Constitución Política del Estado²⁶⁶. Ésa es precisamente la función encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, el mismo que, de acuerdo a su configuración constitucional, debe entenderse que ha sido instituido como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, con calidad de defensor de los Derechos Fundamentales y, por lo mismo, su función es la de ejercer en 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 plena de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas. Precisamente para el cumplimiento eficaz de esas funciones, el art. 202 de la Nueva CPE y el art. 12 de la nueva Ley N° 027, enumeran las competencias específicas atribuidas al Tribunal Constitucional Plurinacional, para que esta institución desarrolle su labor jurisdiccional especializada, en una triple dimensión: a) el control normativo de constitucionalidad; b) el control del ejercicio del poder político, y c) el control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

2.2.3. Control constitucional de las disposiciones legales

De acuerdo con las atribuciones que le confieren la Constitución y la nueva LEY 027, el TCP ejerce un control sobre la constitucionalidad de todas las disposiciones legales, sean estas leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de resoluciones no judiciales, declarando, su inconstitucionalidad con carácter general o "erga omnes" y el efecto derogatorio o abrogatorio conforme corresponda en cada caso. A este efecto, el ordenamiento jurídico establece dos modalidades de control de la normatividad: el previo o *a priori*, y el correctivo o *a posteriori*.

²⁶⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional* (Sucre - Bolivia: GTZ (PA dEP) - AECI, 2007), p. 21.

a) El control normativo previo

Este control se ejerce antes de la aprobación de la respectiva disposición legal, en todos aquellos casos en los que exista una duda fundada sobre su constitucionalidad. Para el efecto, la legislación ha previsto las siguientes acciones: 1) las consultas de la Presidenta o del Presidente del Estado Plurinacional, de la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, de la Presidenta o Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley (atribución 8 a , del art. 12 de la Ley del TCP); 2) las consultas de las autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas (consuetudinarias) a un caso concreto (atribución 12 a), y 3) el control previo de constitucionalidad en la ratificación de los Tratados Internacionales (atribución 9 a). En los dos primeros casos, la legitimación activa está restringida a las autoridades expresamente indicadas, y en el caso de las consultas sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales la legitimación activa está acordada a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Sobre esta modalidad de control (preventivo), también se debe anotar que dentro de la estructura orgánica de esta entidad, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional tiene entre sus atribuciones jurisdiccionales, el ejercer el control previo sobre la constitucionalidad de estatutos autonómicos y cartas orgánicas, aprobados por los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas; y así también le corresponde conocer y resolver el control previo sobre el texto de las preguntas de la convocatoria a referendo nacional, departamental y municipal (de acuerdo a lo previsto en las atribuciones 12 a , y 13 a , del artículo 28 de la Ley del TCP).

b) El control normativo correctivo

Esta forma de control es realizada con posterioridad a la sanción y promulgación de la disposición legal respectiva, en aquellos casos en los que presenten eventualmente una contradicción o incompatibilidad con las normas de la Constitución Política del Estado. El TCP, como órgano jurisdiccional del control de constitucionalidad, lo ejerce al momento de conocer y resolver: 1) las acciones de inconstitucionalidad directas o de carácter abstracto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 1 a , del art. 12 de la Ley del TCP); 2) las acciones de inconstitucionalidad indirectas o de carácter concreto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 2 a); 3) los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones, creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado (atribución 5 a); 4) los recursos contra las resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas (atribución 6 a), y 5) la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado (atribución 10 a).

2.2.4. Control sobre el ejercicio del Poder Político

Es un control que tiene por objeto establecer un equilibrio en el ejercicio del poder político, resolviendo los conflictos constitucionales referidos al ámbito de las competencias asignadas por la Constitución a los distintos órganos del poder público, y a las nuevas entidades territoriales autónomas. El TCP cumple esta función conociendo y resolviendo: a) los conflictos de competencia que pudiesen suscitarse entre los órganos del poder público (art. 12.3 LTCP); b) los conflictos de competencia entre el gobierno plurinacional (central), las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y de éstas entre sí (art. 12.4 LTCP); c) los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental (art. 12.11 LTCP); d) los recursos directos de nulidad que proceden contra todo acto o resolución

de autoridad pública que usurpe funciones que no le competen, así como contra los actos de la autoridad pública que ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la Ley (art. 12.13 LTCP).

2.2.5. Control sobre el respeto y vigencia de los Derechos Fundamentales

Este control tiene la finalidad de resguardar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que operan como límites al ejercicio del poder público del Estado. El TCP ejerce este control a través del conocimiento y resolución de: a) la revisión de las resoluciones emitidas a la conclusión de la sustanciación de la Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad, Acción Popular y Acción de Cumplimiento²⁶⁷ (art. 12.7 LTCP). Asimismo, se debe hacer notar que el texto del artículo 7° LTCP, bajo el *nomen juris* de "Justicia Constitucional" (léase *Jurisdicción Constitucional*), ciertamente establece que la misma emana del pueblo, siendo además única en todo el territorio boliviano, pero se encuentra injustificadamente aislado del artículo 2° LTCP citado anteriormente, por lo que hubiera sido adecuado reunir ambos textos en un solo artículo para complementar el sentido preciso y alcance exacto sobre la finalidad que persigue la Jurisdicción Constitucional en Bolivia, en atención a la precisión terminológica expuesta anteriormente, y que debe sumarse a la Jurisdicción ordinaria, la Jurisdicción Agroambiental, y la Jurisdicción Indígena originaria Campesina, que han alcanzado ya un justo reconocimiento constitucional, aspecto que era indispensable para el mejoramiento de la administración de justicia en Bolivia.

²⁶⁷ Sobre estas dos nuevas acciones tutelares que se incorporan al ordenamiento jurídico constitucional boliviano, y con amplia referencia a la doctrina y jurisprudencia comparadas, ahora puede consultarse: *La Jurídica*, Revista Boliviana de derecho Nacional e Internacional (La Paz-Bolivia: Ediciones El original, 2011), p. 11-43

2.2.6. Principios de la jurisdicción constitucional

El artículo 3º bajo el *nomen juris* de "Principios de la Justicia Constitucional", en forma muy didáctica establece taxativamente (en número de trece) los principios esenciales que regirán la "justicia constitucional" (sic). Sin embargo, de la lectura a *prima facie* de su contenido, se advierte que el mismo recoge de manera idéntica algunos de los preceptos establecidos con anterioridad por la Nueva Constitución, respecto de la configuración del Estado "Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario..." boliviano, que además se funda en "la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico..." (sic). Asimismo, se debe hacer notar que esta lista de principios es idéntica a la establecida por la Ley N° 025 del Órgano Judicial, promulgada con anterioridad a la LTCP, habiéndose adoptado una fórmula resumida de su contenido²⁶⁸, y ordenándolos de forma diferente, sin considerar que para la administración de justicia en el ámbito constitucional, se deben consagrar precisamente otra clase de principios de naturaleza estrictamente constitucional, que logren efectivizar la vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, así como los postulados de la Nueva Constitución Política del Estado, y de la misma Ley del TCP.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 8º, párrafo II del texto constitucional dispone expresamente que: "(...) El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien" . En comparación con el texto anteriormente transcrito, se han establecido como Principios de la "*Justicia Constitucional*" (sic): la plurinacionalidad, el pluralismo

²⁶⁸ Así por ejemplo según la LTCP, el Principio de Plurinacionalidad "es la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas y bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano". Sin embargo (y con mejor redacción) la Ley del Órgano Judicial establece que el referido Principio de Plurinacionalidad "Supone la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos y de las comunidades interculturales y afrobolivianas, que en conjunto constituyen el pueblo boliviano".

jurídico, la interculturalidad, la complementariedad, la armonía social, entre otros. Al respecto se debe hacer notar que la plurinacionalidad tiene que ver con la nueva configuración del Estado Boliviano; el pluralismo jurídico constituye uno de los fundamentos del sistema judicial del Estado; la interculturalidad, está directamente relacionada con la estructura social y convivencia pacífica entre la diversidad de culturas existentes en el país; la complementariedad y la armonía social son los valores que proclama la misma Constitución; por tanto, y teniendo estos conceptos un carácter de generalidad en sus alcances, y un ámbito de aplicación distinto a lo que se refiere la potestad jurisdiccional del Estado en materia constitucional, no correspondía su repetición innecesaria a través de la inclusión de los mismos en calidad de "Principios", considerando además que nuestra misma Ley fundamental en su artículo 178 párrafo I establece expresamente que: "La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos (humanos) " (el agregado me corresponde).

Como se puede ver, los principios rectores que se hallan establecidos por la Constitución para una correcta e idónea administración de justicia en el país, tienen un alcance mucho más específico y se encuentran estrechamente relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional en materia constitucional (siendo aplicables también en cualquier otra materia), por tanto solamente los considerados como tales por la Constitución debieron permanecer en el contenido del texto del artículo 3º de la ley. Asimismo debió salvarse la omisión de especificar los Principios de participación ciudadana y equitativa, para sustentar la elección popular, en forma libre, igualitaria y democrática de los nuevos Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, y de servicio a la sociedad, que necesariamente debe guiar todas y cada una de las actuaciones de estos servidores públicos judiciales que tienen a su cargo la salvaguarda y protección de nuestros derechos fundamentales y garantías constitucionales.

a) *Principios procesales*

Por otro lado es imprescindible recordar que, de acuerdo a la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, para que el TCP cumpla su misión fundamental asignada por el Constituyente, en el marco de las normas previstas por la Constitución, en la anterior Ley N° 1.836 se estableció una configuración procesal específica para la sustanciación de los diferentes procesos o recursos constitucionales, sobre la base de los siguientes principios procesales:

- *Presunción de Constitucionalidad.* Es un principio que está estrechamente ligado al principio de la conservación de la norma. La norma prevista por el art. 2° de la anterior Ley N° 1.836 establecía que se presume la constitucionalidad de toda disposición legal hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad. Este principio tiene la finalidad de resguardar los principios de legalidad y seguridad jurídica inherentes al Estado Democrático de Derecho, en el que todos sus miembros, gobernantes y gobernados, están sometidos al ordenamiento jurídico que obliga por igual a todos, de manera que los actos, las decisiones o resoluciones y los convenios o contratos realizados al amparo de las disposiciones legales vigentes, no pueden ser desconocidos o incumplidos con la sola invocación o argumento de una aparente inconstitucionalidad. Por ello, para otorgar la seguridad jurídica, sólo el órgano competente para ejercitar el control de constitucional puede pronunciar oficialmente la inconstitucionalidad de una ley, decreto o resolución con efecto *erga omnes*. Este principio actualmente se encuentra consagrado en el artículo 5° de la nueva Ley del TCP.

- *Conservación de la Norma.* Tiene también la finalidad de garantizar el principio de la seguridad jurídica y significa que en los casos en los que una ley, decreto o resolución admita diferentes interpretaciones, unas que son incompatibles y otras compatibles con la Constitución, el Tribunal Constitucional adoptará la que es compatible, así lo establecía la norma prevista por el art. 4° de la anterior Ley N° 1.836. Este principio permite al Tribunal Constitucional modular sus sentencias en cuanto al

contenido de las mismas, dictando, por ejemplo, las denominadas sentencias interpretativas, que precisamente permiten conservar, en el ordenamiento jurídico, la norma que en su interpretación es compatible con la Constitución, y expulsando la norma que en su interpretación es incompatible. Actualmente, este principio se encuentra consagrado en el artículo 4º, parágrafo IV de la nueva Ley del TCP.

-Inexcusabilidad funcionaria. Este principio garantiza el derecho del ciudadano al libre acceso a la justicia y a utilizar un recurso expedito para lograr la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales contra cualquier exceso o abuso de poder. Consiste en que el Tribunal Constitucional, como órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad, no puede excusarse de emitir un fallo o sentencia en una causa sometida a su jurisdicción alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad de la norma, así se encontraba dispuesto en el art. 5º de la anterior Ley N° 1.836. Para ese fin, se le reconoce al Tribunal Constitucional la facultad de ser el intérprete máximo de la Constitución, por lo que en su labor jurisdiccional realiza una constante interpretación de las normas constitucionales así como de las disposiciones legales sometidas al control; para ese efecto empleará los diferentes criterios y principios de interpretación que se conocen en la doctrina constitucional, pero además efectuará una interpretación creativa. Este principio actualmente no ha sido consagrado en el contenido de la nueva Ley del TCP, salvo por la dedicación exclusiva inherente al ejercicio de la magistratura constitucional (art. 15 de la Ley del TCP), y la idoneidad en el ejercicio de sus funciones.

Publicidad, gratuidad y celeridad. En aplicación a los principios procesales consagrados por la Constitución, la anterior Ley N° 1.836, a través de sus disposiciones legales, reproducía los principios de la publicidad, gratuidad y celeridad. Ello significa que la tramitación de los recursos, demandas y consultas constitucionales son de carácter público, decretándose su reserva sólo en casos excepcionales; implica también que los recurridos o demandados tienen derecho a enterarse del contenido de los recursos o demandas desde el momento de su admisión ante el Tribunal Constitucional. De otro lado importa que la sustanciación de los procesos constitucionales en todas sus etapas e

instancias, sean gratuitas, más que eso, el acceso a la jurisdicción constitucional es gratuito. Finalmente significa que, tomando en cuenta el carácter extraordinario y la finalidad de control y tutela que tienen los procesos constitucionales, la sustanciación de los mismos debe ser efectuada en tiempo razonable, por ello se han establecido plazos cortos, evitando los incidentes dilatorios en la tramitación de las referidas acciones constitucionales, por lo que corresponde al Tribunal imprimir el impulso procesal de oficio. Estos principios, actualmente también se encuentran consagrados en los numerales 9, 11 y 12 del artículo 3° de la nueva Ley del TCP.

Actuación a instancia de parte. Este es un principio subyacente a las disposiciones legales previstas por la anterior Ley N° 1.836, tomando en cuenta que la Jurisdicción Constitucional desempeña la función de legislador negativo²⁶⁹ al anular y expulsar del ordenamiento jurídico las leyes inconstitucionales, y de otro lado se constituye en creador del derecho al establecer sub-reglas que dan concreción normativa a las cláusulas generales y abstractas de la Constitución, por lo que el legislador ha previsto que el mecanismo de control de constitucionalidad sólo se active a instancia de parte, es decir, cuando la persona o autoridad que tiene legitimación activa plantea el proceso constitucional respectivo, pues lo contrario significaría que la Jurisdicción Constitucional desplaza al Órgano Legislativo, toda vez que de oficio estaría generando y creando normas legales, lo que revelaría legislación positiva, cuando no es esa su función sino la de crear derecho a través de generación de sub-reglas aplicables a los casos concretos o futuros si concurre la analogía.

²⁶⁹ "(...) Kelsen consideraba al Tribunal Constitucional un legislador negativo, ya que tiene poder de anular una ley, que es equivalente a dictar una norma general, lo que es el acto contrario a la producción de normas legislativas que concreta el Parlamento, sosteniendo que la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es sólo una promulgación precedida de un signo de negación; y ello busca justificar y explicar el efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional, la naturaleza constitutiva de la sentencia de inconstitucionalidad y los efectos *ex nunc* de tales fallos, excluyendo la fuerza retroactiva de los fallos. (...) Los primeros tribunales constitucionales nacieron en Europa. El primero es el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia establecido por la Constitución de 29 de febrero de 1920. El mismo año se concreta el Alto Tribunal Constitucional de Austria en la Constitución de octubre de 1920, en su artículo 140, precedida de la Ley austríaca de 25 de enero de 1919, que genera un órgano denominado Tribunal Constitucional (*verfassungsgerichtshof*), al cual la ley del 14 de marzo de 1919 le entrega un control preventivo de constitucionalidad de las leyes de los Lander". NOGUEIRA ALCALÁ, H., cit. (n. 1), pp. 75-79

-Extraordinariedad de los Procesos Constitucionales. Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de los procesos constitucionales, el legislador ha establecido una configuración procesal sobre la base del carácter extraordinario de dichos procesos, a objeto de que los mismos tengan una tramitación especial que no admite incidentes de naturaleza alguna, no requiere de procedimientos probatorios de los hechos, toda vez que se trata de procesos de puro derecho, y se sustancian en única instancia, es decir, que, en el marco del principio de cosa juzgada constitucional, contra las resoluciones o sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional no procede ningún recurso ulterior alguno.

-Vinculatoriedad de las Resoluciones Constitucionales. Significa que las resoluciones o sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional obligan a las autoridades, funcionarios públicos en general y a las personas particulares a cumplirlas, de manera que son obligatorias e inexcusables. Ello tiene su base y fundamento en la fuerza de la cosa juzgada constitucional que le otorga el Constituyente a las sentencias pronunciadas por la jurisdicción constitucional. En efecto, la norma prevista por el 203 de la NCPE ha consagrado la cosa juzgada constitucional, al disponer que "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno". De manera que en el sistema constitucional boliviano, la jurisprudencia constitucional desarrollada por el Tribunal Constitucional se constituye en una fuente directa del Derecho Constitucional, por lo mismo es vinculante para todos los jueces, tribunales y autoridades públicas²⁷⁰.

Este principio actualmente se encuentra consagrado en el artículo 8° de la nueva ley del TCP.

Además de lo anterior, debe recordarse que de acuerdo a la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, y en consideración a la naturaleza jurídica de la Jurisdicción Constitucional, así como el contenido jurídico y los efectos políticos que producen las

²⁷⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. Cinco años en defensa del orden constitucional y democrático*, cit., p. 134-136

Sentencias Constitucionales, éstas tienen su configuración y base en determinados principios y criterios rectores que emergen precisamente de los principios fundamentales y principios procesales sobre los que se configura el control de constitucionalidad en el sistema constitucional boliviano. En este sentido, a tiempo de establecer los Principios rectores de la Jurisdicción Constitucional que establezcan las orientaciones específicas para la emisión de sus decisiones, no debieron omitirse regular los siguientes:

Principio de Conservación de la Norma, que esencialmente, como ya se ha anotado, tiene la finalidad de garantizar el principio de la seguridad jurídica, y significa que en los casos en los que una ley, decreto o resolución admita diferentes interpretaciones, unas que sean incompatibles, y otras compatibles con la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional adoptará siempre la que es compatible, y así lo establece la norma prevista por el artículo 4 °, parágrafo IV de la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional: "Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional".

Principio de Congruencia, conforme al cual, el Tribunal Constitucional Plurinacional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento", es decir entre lo que se solicita y aquello que se resuelve, no fallando ni *ultra petitum* (más allá de lo pedido), ni *extra petitum* (cosa distinta de lo pedido), ni con otro apoyo que no sea el de la *causa petendi*, vale decir, aquellos fundamentos en los que el demandante o recurrente basó su solicitud. Este principio esencial deberá observarse principalmente en el ámbito tutelar de los derechos fundamentales²⁷¹.

²⁷¹ Siguiendo el criterio de RIVERA SANTIVÁÑEZ: "cabe aclarar que la doctrina del Derecho Procesal Constitucional plantea una excepción a la regla relacionada con el principio de congruencia; y es que en el ámbito del control normativo de constitucionalidad el Tribunal Constitucional tiene que efectuar una contrastación de la disposición legal impugnada con la totalidad de la Constitución, esto es más allá de las disposiciones o normas que el recurrente hubiese impugnado; ello porque los efectos de la sentencia que declare la constitucionalidad de la disposición legal impugnada, causa estado y tiene efecto *erga*

-Principio de Motivación, el mismo que implica, que todas las sentencias constitucionales tienen que ser debidamente motivadas en derecho; ello significa que el Tribunal Constitucional Plurinacional debe expresar los motivos jurídico-constitucionales en los que basa su convicción determinativa de que una disposición legal impugnada es incompatible con la Constitución, o que un acto o resolución impugnados vulneran un derecho fundamental que decidirá tutelar. Esto significa que en la motivación jurídica, el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá expresar los argumentos jurídicos que justifiquen que extraiga una norma implícita de la Constitución o de la ley interpretada, así como los motivos que le impulsan a modular los alcances de su decisión.

-Principio de Colegialidad, que surge en razón de que, todo Tribunal o Corte Constitucional es un órgano colegiado, por lo cual sus decisiones deberán ser adoptadas en conjunto, lo que supone que el Tribunal debe marchar en función de lo que digan en conjunto los jueces de la Constitución, evitando crear fisuras y enfrentamientos al momento de emitir el fallo final. No obstante, cabe señalar que las respectivas leyes prevén que las decisiones se adoptan por mayoría, de manera que en determinadas situaciones existirán algunos jueces que no compartan el criterio de la mayoría, en cuyo caso, en resguardo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la discrepancia, dichos jueces podrán expresar sus votos u opiniones disidentes, votos particulares o votos singulares, apartándose del criterio asumido por la mayoría que adopta la sentencia²⁷².

omnes, de manera que impide toda posibilidad de una nueva impugnación, entonces el Tribunal Constitucional está obligado a realizar el examen integral de la Constitución en el momento de efectuar el juicio de constitucionalidad. De otro lado le está reconocido por Ley al Tribunal Constitucional, el declarar la inconstitucionalidad de otras disposiciones legales conexas con la disposición legal impugnada y declarada inconstitucional, no obstante de que dichas normas no hubiesen sido impugnadas inicialmente en el recurso, así está previsto por el art. 58-IV de la Ley N° 1.836 del Tribunal Constitucional. Claro está que, el uso de esa excepción debe encuadrarse a los límites generales que impone el principio. Un ejemplo del uso de la excepción a la regla es la SC 101/2004 de 14 de septiembre" (RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Cochabamba-Bolivia: Grupo Editorial KIPUS, 2007, p. 270).

²⁷² En el sistema de control de constitucionalidad vigente en Bolivia, el legislador ha previsto expresamente que las decisiones del Tribunal Constitucional serán adoptadas mediante votación por la

Principio de Interpretación conforme a la Constitución, que es básicamente un sistema de interpretación que tiene la finalidad de preservar la validez de la norma contenida en la ley, en el marco del principio de seguridad jurídica. Ello supone que cuando una ley interpretada en contrastación con las normas de la Constitución, presenta un sentido incompatible y otro compatible con la Ley fundamental, en vez de declararla inconstitucional en su integridad y retirarla del ordenamiento jurídico, se debe conservar la interpretación conforme a la Constitución, retirando simplemente la otra interpretación, es decir la que es incompatible con la Ley fundamental. Esta forma de interpretación permite a los Tribunales Constitucionales modular sus sentencias, así pueden emitir sentencias interpretativas, sentencias exhortativas, sentencias aditivas, o sentencias sustitutivas, estas últimas que son empleadas con frecuencia por los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania²⁷³.

b) Principio de supremacía constitucional

El artículo 4º de la nueva ley, bajo el *nomen juris* de "Supremacía Constitucional", en su párrafo I establece que la Constitución Política del Estado Plurinacional es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El párrafo II agrega: "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"²⁷⁴. Este texto constituye una innecesaria reiteración de lo ya previsto por el artículo

mayoría de su miembros; así se ha previsto en el artículo 29 de la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

²⁷³ Puede verse el desarrollo de estos principios en: RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., "La Jurisprudencia Constitucional y su Fuerza Vinculante", en *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, cit., pp. 269-272.

²⁷⁴ La Nueva CPE prevé (artículo 13, párrafo IV) que "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". También dispone que "El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos" (artículo

410 párrafo II de la Nueva CPE, y no se entiende qué es lo que pretende conseguir la nueva Ley copiando textualmente contenidos de la Constitución. Se trata de una ociosa repetición que nada aporta a la relación indisoluble que existe entre los conceptos de supremacía constitucional, control de constitucionalidad y jurisdicción constitucional.

Ahora bien, si se pretendía recalcar expresamente la supremacía constitucional como presupuesto para el ejercicio del control de la constitucionalidad, siendo que ambos constituyen la *ratio essendi* de la jurisdicción constitucional, al menos debió haberse adoptado como idea rectora alguna de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional. Así se hizo, por ejemplo, en el artículo 3º de la ley, cuyo numeral 8, al hacer referencia a la seguridad jurídica, adopta como valedera la doctrina constitucional establecida en el Auto Constitucional N° 287/99-R de 28 de octubre, utilizándola como su fuente²⁷⁵.

En este sentido, es útil recordar que, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional, el Principio de Supremacía Constitucional significa básicamente que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Asimismo se debe considerar también que el fundamento de la supra-legalidad de la Constitución, se encuentra en el reconocimiento que ella hace de los derechos individuales e inherentes a las personas, encauzando y limitando la actividad legítima del Estado, cuyo fin ciertamente es la preservación del bien común, además de garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes que la misma consagra. Por lo expuesto, la referencia a la Supremacía Constitucional en la nueva ley, debió insertarse una disposición expresa que estableciera lo siguiente: "*El Estado Plurinacional de Bolivia sustenta su ordenamiento jurídico y político sobre la base del Principio de Supremacía Constitucional, en cuya virtud los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades y*

14, párrafo III CPE), de lo cual se puede inferir que el nuevo Estado Plurinacional ha decidido otorgar una jerarquía especial a los tratados y/o convenciones internacionales que consagran derechos humanos a favor de los ciudadanos.

²⁷⁵ En este sentido se expresa VARGAS LIMA, A. E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 639–686.

los órganos del poder público en todos sus niveles, se encuentran subordinados a los valores, principios y normas previstas por la Constitución Política del Estado, y en consecuencia ningún órgano, entidad pública autónoma, o autoridad en ejercicio de sus funciones, podrá sustraerse al control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional Plurinacional" (teniéndose como fuente de este precepto, lo establecido por la Sentencia Constitucional N° 633/2002-R de 29 de mayo)²⁷⁶.

c) *Titularidad de la interpretación constitucional*

Ya aludimos, en el capítulo II al problema que presenta la ambigua redacción del artículo 4° parágrafo III de la nueva LTCP, en relación con la interpretación constitucional. En efecto, por un lado, prevé que el Tribunal Constitucional Plurinacional es el intérprete supremo de la Ley Fundamental, y a continuación, de manera simultánea, afirma que ello es así, "*sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular*".

Ya expusimos en ese momento que, en la doctrina Constitucional, ha quedado claramente establecida la diferencia entre la interpretación jurídica en general, y la interpretación constitucional en particular, considerando que las normas constitucionales difieren en su esencia, de todas las demás normas del ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, que la interpretación constitucional tiene su propia particularidad y características, dado que requiere de la aplicación de ciertos principios y criterios específicos que no son aplicables a la interpretación de las normas jurídicas provenientes de la legislación ordinaria²⁷⁷. Por consiguiente, cabe afirmar rotundamente que la

²⁷⁶ *Ibidem.*

²⁷⁷ También desarrollamos este aspecto en el capítulo II, cuando analizamos las características específicas de la interpretación constitucional.

interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse en forma alguna a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias²⁷⁸.

Ahora bien, en el sistema constitucional boliviano, como también expusimos en su momento, la propia CPE, al otorgar la potestad exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia al Tribunal Constitucional Plurinacional, lo ha constituido como supremo guardián y máximo intérprete de la Constitución. Ciertamente diferentes órganos de poder en el ejercicio de sus facultades o potestades, pueden y deben realizar una interpretación constitucional de las normas. Sin embargo, la interpretación *judicial constitucional* sólo pueden desarrollarla los órganos jurisdiccionales especializados (Tribunales Constitucionales) que tienen la potestad de ejercer en exclusiva el control de constitucionalidad. Por lo tanto, la *interpretación judicial constitucional* se constituye en la interpretación última y definitiva de la Constitución, situándose por encima de aquella que puedan realizar el resto de los órganos del Estado²⁷⁹.

En consecuencia, como también expusimos, la CPE ha establecido un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad *concentrado* (modelo europeo-kelseniano), que se realiza a través del *Tribunal Constitucional Plurinacional*, cuyas resoluciones interpretativas gozan de un efecto vinculante respecto a todos²⁸⁰ y se extienden también a la protección y garantía de los derechos fundamentales, ya que ambos aspectos se infieren del contenido de las normas previstas por la Ley Fundamental²⁸¹.

Como ya concluimos en su momento, la facultad interpretativa ahora reconocida a la Asamblea Legislativa Plurinacional en esta nueva LTCP, carece de virtualidad real operativa en el sistema constitucional boliviano, dado que, en rigor, el Órgano

²⁷⁸ FIX-ZAMUDIO, H., “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en: *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*. México, 1971.

²⁷⁹ VARGAS LIMA, A. E., “Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”, cit., p. 246.

²⁸⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A., “Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia”, cit., (n. 4), p. 84.

²⁸¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A., “El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución”, cit., (n. 5), pp. 58-59.

Legislativo actualmente se encuentra impedido de elaborar leyes interpretativas. Y si pretendiera hacerlas, en todo caso deberían ser sometidas al control de constitucionalidad por parte del TCP.

d) Principio de presunción de constitucionalidad

Por otro lado, y de conformidad con el ámbito de aplicación y la finalidad que persigue la jurisdicción constitucional, en el artículo 5° de la nueva ley se ha mantenido el *Principio de Presunción de Constitucionalidad*, norma que tiene su procedencia en el artículo 2° de la anterior Ley N° 1.836 del Tribunal Constitucional y que se ha plasmado en forma textualmente idéntica (salvo por haberse extendido "a todos los niveles" de los Órganos del Estado).

Este Principio significa que toda disposición legal deberá ser considerada como "constitucional" (es decir, conforme con la Constitución) hasta tanto el órgano encargado de verificar su constitucionalidad no la hubiere declarado "inconstitucional", disponiendo su exclusión del ordenamiento jurídico. Sin embargo, al momento de establecer esta presunción *juris tantum*, respecto de la compatibilidad de las normas de ordinarias frente a la Constitución, debemos aclarar que este Principio extiende su virtualidad hacia todas aquellas normas jurídicas y disposiciones legales ordinarias susceptibles de ser demandadas de inconstitucionalidad, y esto teniendo en cuenta básicamente dos aspectos: a) el ámbito de procedencia que tiene la *Acción de Inconstitucionalidad*, en sus vías abstracta (acción directa) y concreta (acción indirecta), según lo previsto en el artículo 101 de la nueva Ley; y b) la Jerarquía Normativa establecida por nuestra Ley Fundamental (artículo 410, parágrafo II CPE).

Por consiguiente, coincidimos con Vargas Lima en que el contenido del artículo 5° de la nueva ley, debió ser mucho más preciso y explícito, ampliado en su alcance con una redacción como la siguiente: "*Se presume la constitucionalidad de toda ley, estatuto*

autonómico, carta orgánica, decreto supremo y cualquier género de resoluciones no judiciales o actos provenientes de Órganos del Estado, hasta el momento en que el Tribunal Constitucional Plurinacional declare su inconstitucionalidad, mediante resolución expresa con calidad de cosa juzgada constitucional".

e) Métodos aplicables en la interpretación de la Constitución

Para concluir con el análisis del Título Preliminar, se puede observar que el artículo 6º de la nueva ley, bajo el *nomen juris* de "Criterios de Interpretación", en su párrafo I establece que: "en su función interpretativa el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará con preferencia la voluntad del constituyente de acuerdo con los documentos, actas y resoluciones de la Asamblea Constituyente"; redacción que resulta ser idéntica respecto de lo establecido ya con anterioridad por el artículo 196.II de la Nueva CPE, que señala igualmente: "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". Nuevamente constatamos una innecesaria repetición del mandato constitucional, que debería suprimirse en aras de una deseable racionalidad en la técnica legislativa y del respeto evidente al criterio de superior jerarquía de la norma constitucional. No obstante, de la lectura de ambas normas se infiere una consecuencia muy peligrosa: que el Constituyente ha establecido unos criterios interpretativos cuya aplicación práctica podrían menoscabar el control de constitucionalidad, cuando no anularlo de hecho. En efecto, la norma prevista por el artículo 196.II de la CPE impone al Tribunal Constitucional Plurinacional los métodos histórico y gramatical para la interpretación de la Constitución, "amarrando al órgano de control de constitucionalidad a la voluntad de la Asamblea Constituyente, frente a la realidad económica, política imperante en el momento en que desarrolle su labor interpretativa"²⁸². Y es que, en

²⁸² RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A. "El Nuevo Sistema Constitucional del Estado Boliviano", cit., (n. 6), p. 45.

efecto, la norma constitucional y la disposición de la Ley 027 establecen como criterios preferentes de interpretación constitucional: a) la voluntad del constituyente, y b) el tenor literal del texto.

En definitiva, se puede decir que el tema de la interpretación constitucional en Bolivia ha sido *relativamente* solucionado con la Nueva CPE puesto que, a pesar de no haber reconocido al Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, se ha hecho referencia a que efectivamente cumple una "*función interpretativa*", sin considerar que precisamente ésa es su función esencial, de acuerdo a su naturaleza jurídica y a sus atribuciones en orden a resolver conflictos de constitucionalidad, con los efectos especiales (vinculantes) de sus decisiones²⁸³.

No obstante, respecto a la imposición al TCP de estos dos criterios interpretativos preferentes y de acuerdo a la doctrina constitucional, cabe señalar lo siguiente: el método histórico consiste en averiguar los antecedentes de la norma constitucional interpretada para descubrir su sentido a partir de la voluntad original de su creador (el constituyente), para lo que debe acudir a los documentos de exposición de motivos, informes de comisiones, actas de debates, etc.²⁸⁴ Sin embargo, la aplicación de este método presentaría enormes dificultades prácticas, considerando que dadas las circunstancias conflictivas en las que se realizó la elaboración de la Constitución, no es posible contar con el registro documentado de todas las iniciativas y propuestas, los fundamentos o exposiciones de motivos, o las actas de debates de la Asamblea Constituyente, máxime si se toma en cuenta que en realidad no hubo un verdadero debate y consenso en la aprobación del Proyecto de Constitución dentro de la referida Asamblea²⁸⁵.

²⁸³ VARGAS LIMA, A. E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", cit., p. 248.

²⁸⁴ TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 163.

²⁸⁵ VARGAS LIMA, A. E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", cit., p. 249.

Por otro lado, el método gramatical o literal es aquel en el que para atribuir el significado de la norma interpretada se acude al texto literal y gramatical que usa el constituyente para la configuración de la norma constitucional²⁸⁶. Sin embargo este método presenta al menos dos dificultades identificadas claramente por Rivera Santiváñez: i) el texto no siempre refleja el sentido o significado de la norma, en razón de que durante los debates generalmente se plantean propuestas de modificación, adición o sustitución, al texto originalmente propuesto; ii) muchas veces suelen presentarse variantes y contradicciones entre el texto aprobado por el Constituyente, y el texto publicado oficialmente a la conclusión de los trabajos²⁸⁷. En atención a los fundamentos expuestos, urge revisar los fundamentos teórico-doctrinales de la doctrina constitucional contemporánea para comprender el alcance de los métodos interpretativos establecidos por el Constituyente, así como para rescatar la doctrina vigente en el constitucionalismo latinoamericano, en relación a los principios y criterios rectores de la interpretación constitucional en general, y de la interpretación *judicial* constitucional en particular, aspecto que involucra a la facultad de interpretación exclusiva y vinculante inherente a la naturaleza jurídica de las funciones del máximo órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad a nivel nacional, ahora denominado Tribunal Constitucional Plurinacional.

En punto a la interpretación de la Constitución, secundamos la tesis del profesor Guastini, quien en sus *Estudios de Teoría Constitucional* sostiene con acierto que la Constitución no acepta la interpretación literal (gramatical), no se presta a una interpretación de ese tipo, puesto que las disposiciones constitucionales están redactadas en un lenguaje extremadamente general, son propiamente *principios*, antes que normas o *reglas específicas*, y precisamente la indeterminación de sus formulaciones es un rasgo característico de los principios. Además, se debe considerar que los *principios* no pueden ser entendidos simplemente a la letra, en forma textual, dado que la

²⁸⁶ TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 146.

²⁸⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *Hacia Una Nueva Constitución. Luces y Sombras del Proyecto modificado por el Parlamento*, Fundación Konrad Adenauer, fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer, Cochabamba-Bolivia, 2008, p. 149

interpretación literal de un principio no tiene más efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo, convirtiéndolo en inutilizable para su aplicación. Por otro lado, se debe tener presente también que la Constitución requiere una *interpretación evolutiva*, que consiste en atribuirle al texto constitucional un significado diverso del "histórico", es decir, diferente del significado que tenía a momento de su creación, lo que implica asignarle también un significado siempre mutable o cambiante, para de esta forma adaptar el contenido normativo a las constantemente cambiantes exigencias políticas, jurídicas y/o sociales²⁸⁸.

f) Principios y criterios rectores de la interpretación constitucional

El párrafo II del mismo artículo 6° de la nueva ley del TCP establece, en forma no muy clara, lo siguiente: "En cualquier caso, las normas se interpretarán de conformidad con el contexto general de la Constitución Política del Estado (...)". No se entiende exactamente a qué se refiere y qué se pretende regular cuando alude al "contexto general" del texto constitucional, lo cual puede dar lugar a confusiones y riesgosas tergiversaciones del término, por ser muy extenso y generalizado. Así también, en el mismo párrafo se agrega: "(...) mediante un entendimiento sistemático de ésta" (sic), no habiéndose aclarado si se refiere a la estructura y sistemática de la misma Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional o a una interpretación sistemática de la Constitución. Y el mismo artículo continúa indicando que se halla "(...) orientado a la consecución de las finalidades que persiga" (sic), sin poder deducirse fácilmente si se refiere a las finalidades de la jurisdicción constitucional; a las finalidades que persiguen las partes en el proceso; a las finalidades establecidas en la Constitución; a las finalidades de la interpretación constitucional (teleológica).

²⁸⁸ Al respecto de la diferencia entre principios y reglas puede verse TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 153-185.

Este precepto revela una defectuosa redacción que en lugar de servir de guía respecto de los criterios de interpretación aplicables en la jurisdicción constitucional, genera confusiones conceptuales y gramaticales que no son propias de una disposición legal, con el rango y la trascendencia que tiene la regulación de funciones y actividades del Tribunal Constitucional Plurinacional. Por tanto, sería aconsejable revisar dicha redacción, puesto que los denominados "criterios de interpretación", en realidad, de acuerdo a su contenido, han sido confundidos con los "Principios" que deben regir toda interpretación que se haga de la Constitución Política del Estado²⁸⁹. En este sentido, cabe recordar que de acuerdo a la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, los Principios que rigen la interpretación constitucional, son esencialmente los siguientes:

1. *Principio de Unidad de la Constitución.* El cual significa que el intérprete debe tener en cuenta que la Constitución contiene un conjunto de normas correlacionadas y coordinadas entre sí que forman una totalidad, de manera que la interpretación de una norma constitucional deberá efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución. En definitiva, que el intérprete no debe limitarse en su labor interpretativa al análisis y cotejo de uno o varios artículos de la Constitución (en forma aislada), sino que debe basar sus decisiones teniendo en cuenta la concordancia o armonización con todas aquellas normas que tengan relación con el caso o asunto a resolver.

2. *Principio de Concordancia Práctica.* Que consiste en que la interpretación debe buscar la coherencia de las normas constitucionales en caso de existir contradicciones entre sí mismas; es decir, que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad. Esto implica la exigencia de acudir a la "ponderación de bienes" para resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional.

²⁸⁹ VARGAS LIMA, Alan E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", cit., p. 250.

3. *Principio de Eficacia Integradora.* Que se lo emplea cuando se trata de interpretar normas constitucionales que se refieren al ámbito de funcionamiento de los órganos de poder del Estado, teniendo en cuenta la coordinación e interrelación que deben existir entre ellos para la realización de los fines del Estado y la conservación del orden democrático.

4. *Principio de Corrección Funcional.* Que básicamente se fundamenta en que la interpretación de la norma constitucional no debe interferir el ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a los diferentes órganos de poder, a cuya consecuencia el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrados por la Constitución. Este principio se manifiesta en el plano extrínseco, imponiéndole al intérprete la solución de los conflictos de competencia entre los órganos de poder del Estado sin desconocer ni desnaturalizar el esquema de reparto de funciones constitucionalmente establecido; y en el plano intrínseco, le impide al intérprete rebasar el marco de las funciones que le son propias, es decir, que éste deberá respetar las competencias que le corresponden al legislador en la conformación y desarrollo de los derechos, sin limitarlas más allá de lo prescrito en la normativa constitucional.

5. *Principio de Efectividad.* Que se asienta en que, en la interpretación constitucional, el intérprete debe encausar su actividad hacia la optimización y maximización de la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad. Este criterio orientador tiene una incidencia especial para la interpretación de los derechos fundamentales a través del principio *in dubio pro libertate*, tendiente a conseguir la máxima expansión del sistema de libertades reconocidas constitucionalmente. Este principio orienta al intérprete a establecer soluciones hermenéuticas que, por tener conciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras socio-económicas, permiten una constante actualización de la

normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia²⁹⁰.

A diferencia de lo señalado anteriormente, entre los Criterios Rectores que deben ser empleados en el proceso de interpretación constitucional, se pueden distinguir los siguientes:

a) En la interpretación debe primar la *presunción de constitucionalidad*, lo que significa que la inconstitucionalidad sólo debe ser planteada en los casos muy serios, y debe ser abordada con la máxima de las cautelas. Si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar la presunción a favor de ésta. Tan sólo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella.

b) En caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional debe buscarse una *concordancia de la Constitución consigo misma*; ello implica que si en la Constitución existen dos normas en pie de igualdad y los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, se debe salvar el principio formal de la unidad de la Constitución, y de la coherencia consigo misma.

c) *Previsión de consecuencias*, supone que en la tarea de interpretación, si bien debe desarrollarse sin interesar los resultados, no debe ignorarse el incorporar previsiones futuras al momento de resolver, no como dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución.

d) *Preferencia por los derechos humanos*, obliga a que en la interpretación constitucional se opte por una opción preferente a favor de los derechos humanos, es decir, cuando se presente una situación en la que exista un conflicto entre los derechos humanos de la persona con las competencias y atribuciones de los órganos de poder,

²⁹⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A., “Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia”, cit. (n. 4), pp. 80-82. Vid. también TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 96-131.

otorgados por la propia Constitución, el intérprete constitucional deberá inclinarse por aquéllos, lo que en el fondo importa el uso del sistema de ponderación de bienes, y el test de razonabilidad²⁹¹.

2.2.9. Principio de conservación de la norma

En el párrafo IV del artículo 4° de la nueva ley, se ha insertado acertadamente una disposición, que tiene su origen en el artículo 4° de la anterior Ley N° 1.836 del Tribunal Constitucional, y que prevé lo siguiente: "Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional". Esta previsión respalda y mantiene la vigencia del Principio de Conservación de la Norma, que deriva del Principio de Seguridad Jurídica, y que tiene la finalidad de evitar que se produzcan vacíos normativos en el ordenamiento jurídico del Estado, proyectando su aplicación en aquellos casos en que la jurisdicción constitucional pudiese disponer la anulación de una ley, por ser algunas interpretaciones incompatibles con la Constitución, no obstante de que existan otras interpretaciones que efectivamente sí puedan ser compatibles con el texto constitucional²⁹².

Sin embargo, citado artículo 4° de la anterior Ley N° 1.836 del Tribunal Constitucional, incluía un segundo párrafo que también debería haberse incorporado aquí. En forma imperativa disponía: "Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a

²⁹¹ VARGAS LIMA, A.E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", cit., p. 251.

²⁹² "Este principio consiste en que el Tribunal Constitucional, si a tiempo de realizar el juicio de constitucionalidad de una disposición legal impugnada, encuentra que la misma tiene diversas interpretaciones, de las cuales una es incompatible con la Constitución y otras son compatibles, debe mantener vigente en el ordenamiento jurídico la interpretación que sea conforme a la Constitución, retirando solamente la parte de la norma que es incompatible con la Ley Fundamental, lo que significa que el Tribunal deberá emitir una sentencia modulada en cuanto a su contenido, ya sea emitiendo una sentencia interpretativa, o una sentencia aditiva o integradora, conforme corresponda. Este principio se constituye en el fundamento jurídico para que la jurisdicción constitucional module sus sentencias en cuanto a su contenido". RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A., *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. cit., (n. 7), p. 269.

sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional". Con ello se reforzaba la seguridad jurídica, reivindicando así el carácter vinculante de la interpretación constitucional. Por tanto, consideramos absolutamente necesaria e indispensable la inclusión de esta norma en la actual Ley del TCP, a fin de otorgar una comprensión exacta sobre los alcances que tiene la interpretación de la Ley Fundamental del Estado Plurinacional de Bolivia²⁹³.

2.2.10. Principio de cosa juzgada constitucional

El artículo 8° de la nueva ley, bajo el *nomen juris* de "Obligatoriedad y Vinculatoriedad", establece que "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". Nuevamente se incurre en el error de repetir textualmente preceptos constitucionales vigentes, puesto que ya el artículo 203 de la Nueva CPE ha establecido en forma idéntica la vinculatoriedad y la obligatoriedad de las Sentencias Constitucionales, aunque en realidad, lo que se pretende regular con el precepto es el "Principio de Cosa Juzgada Constitucional", y ése debería ser el *nomen juris* que debió utilizarse en la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, dado que el tema de la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales, debería haber sido abordado en una norma específica.

Al respecto, de manera general se puede señalar que la cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, lo que significa que aquélla le otorga la calidad especial de inmutabilidad e inimpugnabilidad a ésta; por lo que la decisión judicial, emitida con resguardo del derecho al debido proceso, no puede ni podrá ser atacada en posteriores decisiones de órganos judiciales. De tal manera, la cosa juzgada implica que los hechos que fueron objeto del proceso, en el que se emitió una sentencia, no pueden

²⁹³ Asumimos aquí la reivindicación planteada por VARGAS LIMA, Alan E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", cit., p. 252.

ser nuevamente objeto de controversia. Y cabe advertir que la cosa juzgada, no es un efecto de la sentencia, sino que más propiamente es una cualidad de ella; por lo mismo, se materializa en la aplicación del Principio *non bis in idem*, es decir, en la prohibición de juzgar dos veces la misma cuestión o sancionar los mismos hechos²⁹⁴.

Ahora bien, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la Constitución otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a las sentencias emitidas por el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, especialmente de aquellas decisiones que son pronunciadas en el ámbito del control normativo, es decir, al momento de resolver los recursos de inconstitucionalidad, lo que implica que la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición legal, no puede ser nuevamente objeto de controversia. En otras palabras, lo anterior significa que cuando una norma legal ha sido sometida a un examen de su constitucionalidad que ha concluido con una Sentencia Constitucional que declara su conformidad con el texto constitucional, existe *cosa juzgada constitucional*, y esa norma legal ya no puede ser sometida a una nueva comprobación de su sometimiento a la Ley Fundamental del Estado por los mismos argumentos ya resueltos, pudiendo ser analizada en base a nuevos cuestionamientos que emergen producto de nuevas realidades sociales, o de nuevas aplicaciones de la norma cuestionada. Además de lo anterior, y conforme se ha descrito precedentemente, la cosa juzgada constitucional está instituida en la propia Constitución Política del Estado (artículo 203), pues dada su importancia, a diferencia de la jurisdicción ordinaria en la que está consagrada como un efecto procesal de la sentencia, en el ámbito constitucional el Constituyente la ha consagrado expresamente en nuestra Ley Fundamental, como un efecto inmediato de la decisión emitida por la

²⁹⁴ Actualmente, la Nueva Constitución Política del Estado ha reconocido, de manera autónoma, el principio *non bis in idem* en el art. 117.II que señala: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación de sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena".

jurisdicción constitucional, operando además como una garantía de certeza y seguridad jurídica²⁹⁵.

2.2.11. El carácter vinculante de las resoluciones constitucionales

La vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales, conforme se ha señalado anteriormente, constituye uno de los principios procesales de la Jurisdicción Constitucional, además de ser su característica principal, y significa que las resoluciones o sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional obligan a las autoridades, funcionarios públicos en general y a las personas particulares, de manera que son inexcusables. Esta situación tiene su fundamento en la fuerza de la *cosa juzgada constitucional* que otorga el Constituyente a las sentencias pronunciadas por la jurisdicción constitucional, dado que el artículo 203 CPE ha consagrado la cosa juzgada constitucional, al disponer que "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno". Así pues, en el sistema constitucional boliviano, la jurisprudencia constitucional desarrollada por el Tribunal Constitucional es una fuente directa de derecho Constitucional, por cual es vinculante para todos los jueces, tribunales y autoridades públicas. Como ha señalado bien Vargas Lima, este principio se encuentra muy superficialmente recogido en el artículo 8° de la nueva Ley del TCP, norma que no es comparable a la anteriormente prevista por el artículo 44 de la anterior Ley N° 1.836²⁹⁶.

El carácter vinculante de sus resoluciones, siempre fue el principal motivo de discordia y repudio de que ha sido objeto el Tribunal Constitucional, en razón de la incomprensión por parte las autoridades políticas y de la jurisdicción ordinaria, respecto de la naturaleza jurídica de las decisiones del TCP y su calidad de supremo intérprete de

²⁹⁵ VARGAS LIMA, A.E., "Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia", cit., p. 254.

²⁹⁶ Ibid., p. 253.

la Constitución, que el constituyente le asigna al momento de crearlo e incorporarlo para tal efecto en el ordenamiento constitucional²⁹⁷.

En efecto, respecto de la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales, la jurisprudencia constitucional anterior ya se había pronunciado abundantemente y sus resoluciones, válidas en el tiempo, pueden ser plenamente aplicables también en el marco de la Nueva Constitución Política del Estado²⁹⁸.

Resulta emblemático, al respecto, lo expresado por la Sentencia Constitucional N° 1781/2004-R, de fecha 16 de noviembre, en base a las normas anteriores que preveían expresamente la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales: "(...) III.2. A fin de entender la vinculatoriedad de la interpretación constitucional desarrollada por la jurisdicción constitucional, es necesario referirse a dos aspectos básicos:

1) El respeto a los precedentes por parte del propio juez o tribunal, como por los demás jueces y tribunales inferiores, que preserva la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico; protege los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación; precautela el valor supremo de la igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos fácticos, sean resueltos de manera distinta; ejerce control de la propia

²⁹⁷ Un extenso y pormenorizado análisis acerca del debate sobre la vinculatoriedad de las decisiones del TC y sus fundamentaciones, suscitado en relación con las disposiciones de la anterior CPE de 1994, puede verse en: *El carácter vinculante de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. Resumen de la intervención de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional en la Audiencia Pública realizada el 19 de mayo de 2004, a convocatoria de la Comisión Mixta de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral del Honorable Congreso Nacional*. Tribunal Constitucional de Bolivia (editor), s/e Sucre - Bolivia, Junio de 2004. 32 pp.

²⁹⁸ En este sentido, es útil recordar que los arts. 4º, párrafo segundo y 44.I de la Ley N° 1.836 del Tribunal Constitucional (anteriormente vigente), establecieron claramente que la jurisprudencia como la doctrina constitucional boliviana creada a través de la interpretación constitucional que desarrolla el Tribunal Constitucional, tiene fuerza vinculante, siendo de cumplimiento obligatorio para los poderes públicos, eficacia que hace posible que el Tribunal pueda garantizar la supra-legalidad de la Constitución; lo que no debe confundirse con el efecto *erga omnes* de sus resoluciones, pues éste expresa que tal decisión tiene alcances generales; en cambio, el efecto vinculante manifiesta que todas las autoridades, jueces y tribunales aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional, en toda clase de procesos cuyos supuestos fácticos sean análogos; a cuyo efecto se debe tener presente que el efecto *erga omnes* se genera en la parte resolutive de la sentencia, en cambio el carácter vinculante emerge de la *ratio decidendi* de la sentencia, pues es en esta parte en la que se crean las sub-reglas que por la doctrina constitucional se convierten en precedentes obligatorios.

actividad judicial, imponiendo a los jueces y tribunales mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Empero, cabe advertir que esta obligatoriedad de los precedentes no es un valor absoluto, pudiendo los jueces y tribunales apartarse de sus propios precedentes sin importar discrecionalidad, sino con la limitación de la debida y adecuada fundamentación de las razones que llevan a distanciarse de sus decisiones previas, por lo que el principio del *stare decisis* o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto.

2) La posición de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes del Derecho. Al respecto, cabe destacar que la doctrina constitucional contemporánea le otorga un lugar esencial como fuente directa del Derecho, por lo que se constituye en vinculante y obligatoria para el resto de los órganos del poder público, particularmente para jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial, cuya base y fundamento es la fuerza de la cosa juzgada constitucional que le otorga el Constituyente a las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional, tanto en su parte resolutive o *decisum*, como en sus fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquéllos, es decir la *ratio decidendi* o razón de la decisión.

El Tribunal Constitucional en su SC 58/2002, de 8 de julio, señaló lo siguiente: "...la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales. (...) la vinculación alcanza una trascendencia especial, respecto a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, quienes a tiempo de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, deberán tener en cuenta la doctrina

constitucional, por ser los principales destinatarios de la misma. En el caso de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por ser vinculantes, tienen el valor de precedente para casos futuros análogos".

En el mismo sentido, corresponde considerar también los efectos de las sentencias constitucionales. Al respecto este Tribunal en la SC 1310/2002-R, de 28 de octubre, ha señalado: "(...) Si bien todo fallo que emite este Tribunal en recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, tiene efectos inter partes (sólo afecta a las partes), los fundamentos determinantes del fallo o *ratio decidendi*, son vinculantes y, por tanto, de obligatoria aplicación para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades, tribunales y jueces (en todos sus niveles jerárquicos), así lo determina el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)". Solamente desde las razones que fundamentan esta decisión se puede justificar y entender en todo su sentido y alcance lo que significa una Sentencia Constitucional y su fuerza vinculante para tribunales, jueces o autoridades. En cambio, la parte resolutive si bien tiene fuerza decisoria en el caso concreto, su eficacia es sólo vinculante para las partes contendientes en una acción tutelar; aspectos éstos que han de tenerse en cuenta para la utilización de la jurisprudencia constitucional dentro del Estado Plurinacional de Bolivia.

CAPÍTULO VII

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DISEÑADO POR LA LEY 027 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El control previo de constitucionalidad, también denominado preventivo, es aquel que se ejerce antes de la aprobación, o en su caso antes de la promulgación de la Ley; en todos aquellos casos en que exista una duda fundada sobre su constitucionalidad.²⁹⁹ Su finalidad, pues, no es otra que la de evitar el nacimiento de disposiciones legales cuyas normas sean contrarias e incompatibles con la Constitución, evitando así la aplicación y vigencia de normas inconstitucionales.

Por un lado, puede constituirse en un mecanismo para el ejercicio de los frenos y contrapesos del ejecutivo hacia el legislativo, en la medida en que, eventualmente, se otorgue legitimidad a aquél para plantear la acción de control previo sobre éste. Por otro lado, y en todo caso, se constituye en un mecanismo de freno y contrapeso jurisdiccional hacia el órgano legislativo, en la medida en que el Tribunal Constitucional verifica la compatibilidad de las leyes aprobadas y aun no promulgadas, con las disposiciones

²⁹⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., 270

constitucionales. Finalmente, se constituye también en un control jurisdiccional hacia el ejecutivo, porque a través de este mecanismo, el Tribunal constitucional revisa los tratados y convenios internacionales suscritos por éste, para verificar su compatibilidad con la Constitución.³⁰⁰

Siguiendo a De Stefano³⁰¹, el análisis de legislación comparada nos permite distinguir tres modelos de control previo o preventivo de constitucionalidad:

a) *Modelo de control previo único*: El control a priori como único sistema de control de constitucionalidad que existe, es decir, que el control previo es único. En este caso el sistema ha sido creado, fundamentalmente, para controlar al Parlamento antes que para proteger la Constitución, o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es el sistema que prevé la Constitución Francesa.

b) *Modelo de control previo mixto*: El control a priori se acumula a los recursos a posteriori, es decir, aceptan al control previo al lado del control sucesivo y difuso. Ejemplo de ello tenemos en Portugal, Birmania, Hungría, Bulgaria, el art. 82 de la Constitución de Chile cuando establece que "...son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución; 2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso...", los arts. 266, 267 y 272 de la Constitución de Guatemala, etc.

c) *Modelo de control previo residual*: El control previo existe de manera muy excepcional, como en el caso el art. 161 inciso 2º de la Constitución española o en la italiana, en el art. 134 ("El Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de

³⁰⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit. p. 278.

³⁰¹ DE STEFANO, J., "El Control de constitucionalidad" Cit. p. 4

legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...), art.138 y siguientes de la Constitución.

2. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. El control previo en la legislación francesa

El control previo surge en Francia en 1799, como un sistema de control político, en el que el Senado Constitucional asume funciones de tutela y preservación constitucional, bajo la inspiración del político y jurista Sieyès, cuya atribución principal consistía en controlar el orden constitucional, procurando que todos los poderes del Estado se sometieran a sus disposiciones y con la facultad de anular cualquier acto que implicase violación constitucional.³⁰²

Cuestión que vuelve a ser retomada por la Constitución de 1852 en que el Senado asume funciones de tutela y preservación constitucional ejercidas a instancias del gobierno y de los ciudadanos, consistentes en examinar las leyes antes de que entraran en vigor, con el fin de constatar y adolecían del vicio de inconstitucionalidad. Ninguna ley podía promulgarse sin la venia del Senado.³⁰³

Cabe precisar que el control político de las leyes en Francia se ha debido a razones históricas, ideológicas y prácticas, al decir de Cappelletti dentro de las primeras por la desconfianza hacia los jueces, motivada por las interferencias de éstos en la esfera de actuaciones de otros poderes con anterioridad a la Revolución; por lo que se refiere a las segundas, particularmente por la ideología europea de legitimar al Legislativo como

³⁰² BASTERRA DIAZ, A., *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- México, p. 19

³⁰³ FIX ZAMUDIO, Héctor, “La Constitución y su Defensa”, cit., pp. 45.

órgano representativo de la voluntad popular y respecto a las terceras, se relacionan con el hecho de que las instituciones jurídicas tienden necesariamente a adecuarse a las múltiples exigencias de la vida práctica, a veces con cierto desfase de excesivo anticipo o de cierto retraso respecto de tales exigencias.³⁰⁴

En la actual constitución francesa vigente desde 1958 surge el Consejo Constitucional con facultades, entre otras de mantener la supremacía de la ley fundamental frente a ordenamientos secundarios, que son susceptibles de examinarse antes de su promulgación para determinar si se oponen o no a la constitución y en caso afirmativo la ley ordinaria no puede entrar en vigor; dicha atribución no se despliega en interés de los ciudadanos, sino en el de los poderes públicos, para mantener entre ellos la separación de funciones establecidas en la Constitución, este sistema opera además de otros controles, como el de exceso de poder contra actos administrativos ilegales, a cargo del Consejo de Estado y el recurso de casación, del que conoce la Corte de Casación, con la finalidad de anular los fallos definitivos civiles o penales por errores *in iudicando e in procedendo*.³⁰⁵

Las normas sometidas a control siempre son con carácter preventivo y nunca bajo el sistema represivo, sucesivo o a posteriori, a través del Consejo Constitucional, y pueden ser con carácter obligatorio o facultativo; es obligatorio el control preventivo para las leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, así como de sus modificaciones o reformas; los tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes son de control facultativo; los sujetos legitimados para solicitar la revisión por el Consejo son: el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las Asambleas, 60 diputados o 60 senadores (minorías parlamentarias - artículo 61 Const.).

³⁰⁴ CAPELLETI, M., ¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional? cit., p.12-13.

³⁰⁵ BASTERRA DIAZ, A., *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, cit., p. 11-13.

Pero no están sujetos a control las leyes preconstitucionales, las leyes anteriores a 1974 (antes de que se atribuyera a las minorías parlamentarias la facultad de impugnar), las leyes aprobadas por referéndum, las leyes constitucionales y las leyes promulgadas.

El Consejo Constitucional francés ha evolucionado del modelo kelseniano, de ser un "legislador negativo" para convertirse en un órgano que participa en la dirección política del Estado, mediante dos técnicas: la *conformité sous réserve* y el control a doble détente:

1) En la *conformité sous réserve*, que ha sido utilizada con carácter general, aunque con distintas denominaciones por las jurisdicciones contemporáneas europeas (p.e. interpretación conforme); en este caso, en vez de declarar la conformidad o no de una norma general, se adopta una solución intermedia, considerándolas conformes con ciertas cautelas; esta técnica admite cuatro variantes:

-Considerar a la norma conforme a la Constitución, a condición de que no sea interpretada de una determinada manera, de acuerdo con la cual sí sería inconstitucional;

-Completar la ley, realizándose una labor de integración, en casos en que el legislador haya omitido un extremo fundamental para su constitucionalidad;

-Establecer en la decisión directivas dirigidas a los operadores políticos, indicando la manera en que la ley deberá ser aplicada para que pueda ser considerada constitucional;

-Neutralizar la ley, o sea no la declara inconstitucional, pero la priva de efectos jurídicos.

2) Control a *dobles detente*, que consiste en incluir junto a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, una serie de indicaciones sobre cómo debe ser modificada o completada la norma para que pueda ser conforme a la constitución y declarada como tal en una segunda discusión (previa reelaboración por el legislador).³⁰⁶

Lo que implica que una ley, una vez promulgada, goza de una presunción *iuris et de iure* de constitucionalidad en todos sus aspectos y no podrá ser objeto de una demanda de deslegalización. De las resoluciones del Consejo ha surgido una amplia doctrina jurisprudencial que ha venido afirmando el principio de constitucionalidad de derechos fundamentales, entre otras cuestiones.

2.2. El Control previo de constitucionalidad en la legislación española

Una de las características fundamentales del modelo de justicia concentrado español, consiste en la reserva realizada a favor del Tribunal Constitucional de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley.³⁰⁷

En el sistema español, el control previo de constitucionalidad solo puede ser aplicado a los instrumentos internacionales, en tanto que para cualquier otro tipo de legalidad ordinaria opera el control sucesivo (incluyéndose aquí también los tratados).

En el ordenamiento español (derivado de la Constitución de 1978) se previó tanto el control previo como el sucesivo. Pero la modificación aportada por la Ley Orgánica de derogación del Capítulo II del Título VI de la LO 4/1985, estableció que las leyes solo podrán ser objeto de análisis *a posteriori*, mientras que los instrumentos

³⁰⁶ BASTERRA DIAZ, A., *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, cit., p. 15-19.

³⁰⁷ *Ibidem*

internacionales pueden, en principio, ser objeto de ambos tipos de controles, de manera previa y sucesiva³⁰⁸.

El control previo de la constitucionalidad de tratados se desprende del artículo 95 de la Norma Suprema española que dispone: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la constitución exigirá la previa revisión constitucional, 2. El gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción", ello sin perjuicio de su control constitucional a posteriori.

Al control previo en España se le define como "Aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los Tribunales Constitucionales cuando les es sometido por vía de acción o por estar previsto en el ordenamiento con carácter preceptivo, un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor".³⁰⁹

Tradicionalmente se ha venido asociando por la doctrina constitucional el control de la constitucional de carácter jurisdiccional a un control sucesivo o a posteriori; en tanto que el control previo parecía corresponder en mayor medida al control de tipo político, que encuentra en la experiencia constitucional francesa su mejor exponente.³¹⁰

Sin embargo, lo cierto es que si con carácter general puede afirmarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma dotada de efectos generales es un

³⁰⁸ Últimamente se ha renovado el debate (nunca cerrado) sobre la conveniencia de restablecer de nuevo el control previo de constitucionalidad, debido a los graves problemas suscitados por las resoluciones del TC declarando inconstitucionales algunos artículos de determinados Estatutos de Autonomía, una vez que habían sido votados y aprobados en referéndum por las respectivas comunidades. Al respecto puede verse el análisis de ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., "El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, n° 8 (2008), p. 3-29.

³⁰⁹ GABALDON LÓPEZ, J., *La Cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 463-508.

³¹⁰ BASTERRA DÍAZ, A., *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, cit., p. 18

hecho poco grato, hay ocasiones en que la declaración tiene unos efectos particularmente traumáticos y entre estos últimos, hay que incluir ciertamente la hipotética declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que se haya comprometido el Estado a nivel internacional, esto es, tratados y convenios internacionales. Tesis que desde un plano más dogmático, es igualmente defendida, sobre la base de que la validez de un tratado en la medida en que éste se inserta en un sistema normativo autónomo, no puede fundamentarse en la Constitución y difícilmente puede ser objeto de control por el Tribunal Constitucional una vez que aquél se ha incorporado al ordenamiento, lo que lleva a concluir "Si en alguna ocasión resultan necesarios los controles jurisdiccionales previos, ésta es una de ellas".³¹¹

Seguramente este tipo de consideraciones fueron las que llevaron al constituyente de 1978 a incluir en la Constitución el artículo 98, que quiebra el modelo general de control constitucional represivo y establece la posibilidad del control previo de tratados internacionales a instancias del Gobierno o de cualquiera de las Cámaras, siguiendo una práctica jurisprudencial no pacífica del Tribunal Constitucional Alemán (a su vez inspirado en la Constitución Francesa).³¹²

El artículo 93 de la norma constitucional española dispone que solo "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, corresponde a las Cortes Generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emergidas de los organismos internacionales o supranacionales, titulares de la cesión".

La duda sobre la constitucionalidad de un tratado se plantea ante alguno de los sujetos legitimados, cuyo objeto es que dicho ordenamiento no entre en vigor y por ello no sea sujeto de aplicación. Se trata de un control abstracto no solo por el hecho de ser

³¹¹ GABALDON LÓPEZ, J., *La Cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 463-508.

³¹² BASTERRA DÍAZ, A., *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, cit., p. 19.

previo, sino por razón de la propia actividad del control por parte del Tribunal Constitucional y del resultado del mismo, donde la nulidad de un ordenamiento no se produce porque el Tribunal lo establezca, sino porque existe un vicio de inconstitucionalidad que el Tribunal declara, pone de manifiesto y por ello es declarativo. La actividad del Tribunal va dirigida a impedir que la norma inconstitucional (y por ello nula) pueda ser aplicada.³¹³

3. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LE LEY 027 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EL LA LEY 254 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La actual Ley 027 del TCP establece un sistema de control previo en su Título V, capítulos III, IV, V y los títulos VI y VII, referidos a diversos mecanismos de control como los siguientes: las consultas sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, consulta sobre la constitucionalidad de las preguntas del referendo, control de constitucionalidad de proyectos de estatutos o cartas orgánicas de entidades territoriales y el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales y constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la CPE. Por su parte, el Código Procesal Constitucional ha completado esta regulación ampliando y precisando las disposiciones procedimentales correspondientes a cada uno de estos supuestos.

3.1. Fundamentos del *control previo* en el sistema boliviano

De acuerdo con Rivera Santivañez, el control preventivo o *a priori* de constitucionalidad es un proceso a través del cual, el órgano competente realiza la revisión del contenido de un proyecto de disposiciones legal para establecer su

³¹³ *Ibidem.*

compatibilidad con los valores supremos, principios fundamentales, derechos fundamentales, preceptos y normas previstos en la Constitución, antes de que finalice el procedimiento de su aprobación.³¹⁴

A estos efectos puede decirse que este modelo de control funciona anticipándose a la puesta en vigencia de una norma cualquiera, permitiendo que se revise su constitucionalidad antes de que sea finalizado el procedimiento para su aprobación definitiva.³¹⁵ Respecto al momento en que opera esta modalidad de control de constitucionalidad algunos sectores de la doctrina han manifestado que el ejercicio de este control no es ciertamente jurisdiccional, ya que se trataría de un control exclusivamente político, en razón a que el control opera sobre un texto que todavía no ha entrado en vigencia dentro del sistema legal, así como también porque sus efectos son meramente preventivos.³¹⁶

En este sentido, quienes niegan la naturaleza jurisdiccional del control *a priori*, señalan que los proyectos de ley o actos legislativos que son objeto de la consulta, si bien son relevantes para el derecho, no son aún parte del Ordenamiento Jurídico, ya que no han nacido como norma. En virtud de lo anterior, no ha existido todavía vulneración alguna al parámetro de constitucionalidad, que es lo único que hace válida la intervención judicial como acto jurisdiccional. Así, la sentencia, es incapaz de no aplicar o anular algo con el fin de restablecer el orden vulnerado, de ahí que lo que emita es una mera opinión que pueda ser vinculante o no para el legislador.

³¹⁴ *Ibidem*

³¹⁵ GOZAINI O., *La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional* (1994:325), citado por Rivera Santivañez, *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 163.

³¹⁶ MODERNE, en su trabajo “El Control Previo de Constitucionalidad en la Europa Contemporánea” (1993:151-153), considera que el Juez constitucional, al conocer de la posible contradicción entre las estipulaciones de un tratado, o los preceptos de una ley votada -pero no promulgada- y la Constitución, no realizaría una actividad auténticamente jurisdiccional o procesal. Por otro lado, otros autores manifiestan que de acuerdo con el criterio de Frank Moderne, el control previo, es decir, realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, no es un control jurídico sino político, por lo que sería un control más de tipo consultivo. (DE STEFANO, J., “El Control de constitucionalidad”, *Revista de Análisis Jurídico*, Año I. Newsletter Nro. 7 Otoño 2005, p. 2).

Sin embargo, estas opiniones no pueden ser de recibo pues la existencia misma de estos mecanismos preventivos a través de una regulación jurídica ya incide en la existencia de que estos mecanismos son verdaderamente jurídicos. Por otro lado, recuérdese que los mecanismos de control político son ejercidos por instancias políticas no jurisdiccionales designadas al efecto. En el caso de los mecanismos de control preventivo establecidos en la LTCP, es el Tribunal Constitucional quien ejerce la labor del control de constitucionalidad. Es decir un órgano jurisdiccional, motivo por el cual no podría decirse que este es un mecanismo político de control.

En este sentido coincidimos plenamente con Rivera Santivañez³¹⁷ respecto a la imposibilidad de catalogar al sistema de control preventivo, preceptuado en la LTCP, como un mero control político. Las razones para considerar el control preventivo como un verdadero acto jurisdiccional son las siguientes:

- a. Se debe recordar que el sistema de control político tiene como características, entre otras, que el órgano encargado del control tiene una composición esencialmente política, no solo por su forma de designación sino porque sus miembros no requieren tener conocimientos técnicos-jurídicos. En cambio, en el caso del sistema de control jurisdiccional la composición del órgano es esencialmente técnico-jurídica, es decir, los jueces constitucionales son juristas profesionales.
- b. Por otro lado, las decisiones del sistema de control político no son necesariamente vinculantes; en cambio en el sistema de control jurisdiccional las decisiones del juez constitucional si lo son. En el caso particular de Bolivia, por disposición de los arts.136, 140 y 151 de la Ley 027, las declaraciones emitidas por el Tribunal Constitucional en las consultas sobre la constitucionalidad, efectuadas en los casos previstos por ley, son vinculantes y obligatorias para el órgano que efectuó la consulta.

³¹⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., *Jurisdiccion Constitucional...*, cit., p. 277.

c. Finalmente, cabe señalar que el trámite de las consultas, como forma de control preventivo o a priori, se efectúa con sujeción a procedimientos jurídicos y sometidos a normas jurídicas que lo regulan, como dice Moderne: no se debe olvidar que se articula conforme a criterios y procedimientos jurídicos, que se trata de cuestiones de derecho, comparando una ley o un convenio internacional con una norma de referencia, la Constitución, o más ampliamente en ciertos países, con el bloque de constitucionalidad. Esa es una tarea jurídica y no política.³¹⁸

Para sustentar este argumento, este autor³¹⁹ señala ejemplos de legislaciones de otros países, a través de los cuales asumiendo una perspectiva de derecho comparado sustenta la tesis de la jurisdiccionalidad de este tipo de mecanismos. Así, En Portugal, el Tribunal Constitucional tiene competencia para ejercer el control preventivo de cualquier Ley ordinaria aprobada por la Asamblea de la República, cuando fuese requerido por el Presidente de la República, si se trata de decretos legislativo s regionales, o cuando lo solicitaren los ministros de la República, las leyes orgánicas pueden ser sometidas al control del Tribunal Constitucional por el Presidente de la República, el primer ministro o la quinta parte de los Diputados de la Asamblea de la República, antes de su promulgación.

Por su parte en España, el control preventivo se ejerce sobre los tratados internacionales antes de la aprobación de los mismos en el Congreso, a petición del gobierno o de cualquiera de la Cámaras.³²⁰

En Colombia, el control preventivo se efectúa antes de que el Presidente de la República proceda a sancionar la Ley, es decir, una vez que el Congreso apruebe el

³¹⁸ MODERNE, F., “El Control Previo de Constitucionalidad en la Europa Contemporánea”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* (1993):151-153.

³¹⁹ *Ibidem*

³²⁰ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 277

proyecto. Tal es así que el art.141 de la Constitución faculta a la Corte Constitucional a ejercer este control previo o a priori de manera obligatoria y automática.

En el caso de Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé el control previo de constitucionalidad en los artículos 96 a 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Rubén Hernández considera que el caso costarricense es un poco *sui generis*, pues en el ordenamiento procesal constitucional, el control a priori, al menos en la determinación de vicios procedimentales, reviste naturaleza jurisdiccional, dado que la respectiva sentencia anula u ordena desaplicar determinadas disposiciones contenidas en el proyecto consultado, o de ser el caso, reponer etapas del procedimiento legislativo. Por el contrario, cuando la Sala ejerce control sobre el fondo de los proyectos consultados, su naturaleza jurídica es de carácter consultivo y no jurisdiccional.

En Bolivia, el control preventivo se realiza antes de que se apruebe el respectivo proyecto de la disposición legal. Empero, cabe advertir que el control preventivo sobre los proyectos de leyes, sobre la aplicación del derecho consuetudinario a un caso concreto, y sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones internacionales es *potestativo*, no imperativo, lo que significa que solo se activa por decisión y voluntad de la autoridad que tiene legitimación activa; en el caso del Presidente del Congreso Nacional, solo puede formular la consulta si previamente una de las Cámaras legislativas toma la decisión de someter a consulta el proyecto de Ley, a cuyo efecto aprueba una resolución por mayoría de votos. En cambio, el control preventivo sobre los proyectos de Estatutos o Cartas orgánicas de las Entidades Territoriales Autónomas, y sobre las preguntas del referendo, son imperativas, lo que significa que obligadamente deben ser remitidas ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en consulta.

Tal y como hemos apuntado, el control previo de constitucionalidad en el sistema boliviano, de acuerdo con su propia naturaleza, ha sido previsto para una serie *cerrada* de supuestos, en los que la existencia de una duda fundada sobre su compatibilidad con la Constitución, resulta particularmente grave y, en consecuencia, impide asumir los efectos de una hipotética vigencia de la disposición. En otras palabras, atentaría contra

los principios más fundamentales del Estado plurinacional asumir la vigencia de una ley con una duda fundada de inconstitucionalidad, sin procurar solventarla previamente acudiendo a TCP.

Los supuestos en los que se ha previsto este control previo son tasados. Ello significa que este sistema no se ha asumido con carácter general sino excepcional. Entendiendo que el sistema ordinario de control constitucional es el control posterior y restringiendo el control previo exclusivamente a seis supuestos. Esto, como veremos más adelante, genera consecuencias positivas, puesto que evita una utilización abusiva del control previo por parte de minorías para bloquear la acción del legislativo, sorteando el principio democrático de las mayorías y distorsionando la tarea de legislar encomendada al Parlamento en esta clave mayoritaria. Pero también genera efectos perversos, como es la numerosísima lista de leyes que acaban siendo declaradas inconstitucionales (en todo o en parte) y que producen un permanente estado de incertidumbre y de inseguridad jurídica, difícilmente soportable en un Estado de Derecho que ha de funcionar con solidez en el ámbito jurisdiccional. Ciertamente, se trata de los inevitables inconvenientes y paradojas, ya señalados, propios del Estado constitucional, pero que deberían intentar minimizarse con una buena articulación del control previo, que ni siquiera en los escasos supuestos contemplados en la regulación que aquí vamos a analizar, ha sido acertadamente y coherentemente plasmada.

3.2. Supuestos de *control previo* en el sistema boliviano

El control previo de constitucionalidad en el sistema boliviano, como habíamos adelantado, se ha plasmado en la *Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional*, a través de los supuestos establecidos en su Título V, capítulos III, IV, V y en los títulos VI y VII, en los que prevén los siguientes casos:

- a) Consultas de la Presidenta o del Presidente del Estado Plurinacional, de la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, de la

Presidenta o Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la *constitucionalidad de proyectos de ley* (arts. 134-136 LTCP).

- b) Consultas de las *autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas* (consuetudinarias) a un caso concreto (arts. 137-140 LTCP).
- c) Control previo sobre *el texto de las preguntas de la convocatoria a referendo nacional, departamental y municipal* (arts. 141-144 LTCP).
- d) Control previo *sobre la constitucionalidad de estatutos autonómicos y cartas orgánicas*, aprobados por los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas (arts. 145-148 LTCP)
- e) Control previo de constitucionalidad en la *ratificación de los Tratados Internacionales* (arts. 149-151).
- f) Control previo de constitucionalidad sobre el *procedimiento de reforma parcial de la Constitución*, en los términos previstos por el Artículo 411 párrafo II de la Constitución Política del Estado (arts. 152-155 LTCP).

Estos mismos supuestos han sido regulados, de manera más extensa y pro lija y en orden diverso, en el Título V, VI y VIII del denominado *Código Procesal Constitucional* (aprobado por la Ley 254 de 5 de julio de 2012), que pretende ser una especie de reglamento de desarrollo de la Ley 027.

El CPC realiza una distribución sistemática de los supuestos de control previo, diferente a la establecida por la Ley 027. En lugar de enumerar los seis supuestos, agrupa los cuatro primeros supuestos de consulta obligatoria en el Título V (arts. 104-

127 CPC): control sobre tratados internacionales, proyectos de ley, proyectos de Estatutos o cartas orgánicas y preguntas de referendos. En el título VI (arts. 129-132 CPC) contempla la consulta de constitucionalidad referida a la aplicación de normas consuetudinarias por parte de autoridades indígenas a casos concretos. Y finalmente, en el final de la Ley, incorpora un Título VIII dedicado en exclusiva a la consulta de constitucionalidad sobre el procedimiento de reforma parcial de la Constitución (arts. 149-152 CPC)

Nos detendremos ahora en analizar cada uno de estos mecanismos y su tratamiento en ambas leyes, intentando precisar su alcance, naturaleza y procedimientos, haciendo hincapié en las contradicciones, limitaciones y carencias que manifiesta el sistema y en las graves disfunciones que ello generará en su futura aplicación.

4. CONSULTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROYECTOS DE LEY

El Art. 134 de la Ley 027 (LTCP), sin precisar ni justificar el objeto de este tipo de consultas constitutivas de un control previo de constitucionalidad, se limita a establecer que el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá de las consultas formuladas por:

1. La Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional, cuando se trate de proyectos de ley de iniciativa del Órgano Ejecutivo.

2. La Presidenta o el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, tratándose de proyectos de ley, cuando la consulta fuere aprobada por Resolución del Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional o por una de sus Cámaras.

3. La Presidenta o el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación de Sala Plena, en caso de proyectos de ley en materia judicial y reforma de los Códigos.

De acuerdo con el art. 135.I LTCP, la consulta sólo podrá formularse sobre un proyecto de ley. En su apartado II, dispone que la formulación de la consulta suspenderá el trámite de aprobación del Proyecto de ley. Y, finalmente, en su apartado III, concreta el plazo, estableciendo que el Tribunal Constitucional Plurinacional absolverá la consulta dentro de los treinta días siguientes.

El Art. 136 LTCP enumera los efectos de la sentencia resolutoria de esta consulta; según el cual, la declaración emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional vinculará al Órgano que efectuó la consulta. Además, establece que si el TCP declarase la constitucionalidad del proyecto consultado, no podrá interponerse un nuevo y posterior recurso sobre las cuestiones ya consideradas y resueltas por el Tribunal.

Al igual que sucede con otros procesos constitucionales previstos en la *Ley 027 del TCP*, en el presente procedimiento existen graves lagunas: requisitos de forma y contenido de la consulta, plazos y forma de admisión, rechazos, etc. Omisiones que, lamentablemente tampoco han sido subsanadas ni abordadas por el recientemente aprobado *Código Procesal Constitucional* (que constituye supuestamente el desarrollo reglamentario de la Ley 027) aprobado por la Asamblea Legislativa Plurinacional en la *Ley 254*, de 5 de julio de 2012, y que a partir de ahora denominaremos *CPC*.

Esta es la reglamentación específica prevista por los arts. 111-115 del CPC, relativos al control previo de constitucionalidad sobre proyectos de ley:

Artículo 111 (objeto)

La consulta de constitucionalidad de un Proyecto de Ley tiene por objeto confrontar el texto de dicho Proyecto con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional.

Artículo 112 (legitimación)

Los legitimados para realizar consultas sobre la constitucionalidad de Proyectos de Ley son:

La Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cuando se trate de proyectos cuya iniciativa tienen su origen en el Órgano Ejecutivo.

La Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, tratándose de Proyectos de Ley, cuando fuere aprobada por Resolución del Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional o una de sus Cámaras, por dos tercios de los miembros presentes.

Para Proyectos de Ley de Materia Judicial, la Presidenta o Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación por la Sala Plena respectiva.

Artículo 113 (suspensión del procedimiento).

La formulación de consulta suspenderá el procedimiento de aprobación del Proyecto de Ley en la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Artículo 114 (procedimiento).

Recibida la consulta, la Comisión de Admisión, verificará el cumplimiento de los requisitos, en el plazo de dos días, en su caso dispondrá se subsanen las mismas en el plazo de cinco días, subsanadas las observaciones, inmediatamente, procederá al sorteo de la Magistrada o Magistrado Relator. El Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá la Declaración Constitucional en el plazo máximo de treinta días a partir del sorteo.

Artículo 115 (declaración y efectos de la resolución)

El Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto de Ley consultado. Esta declaración será de cumplimiento obligatorio para el Órgano Legislativo.

Si el Tribunal Constitucional Plurinacional establece la declaración de constitucionalidad del Proyecto de Ley, ya no podrá interponerse otra consulta o recurso posterior sobre las cuestiones consideradas y absueltas por el Tribunal.

La declaración de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley obligará al Órgano Legislativo adecuar o eliminar las normas observadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional

A partir de estas previsiones, identificaremos a continuación las carencias y omisiones que se aprecian en el sistema establecido de control previo, en aras de sostener la hipótesis planteada en esta Tesis, respecto a las graves insuficiencias que presenta la regulación prevista por la Ley 027, en especial referidas a la sustanciación de los procesos constitucionales:

4.1. Carencias materiales en la regulación

El art. 111 CPC establece, con acierto, que el objeto de la consulta de constitucionalidad de un Proyecto de Ley es confrontar el texto de dicho Proyecto con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional. Definir el objeto de la acción del TCP, omitido por la Ley 027, resulta esencial porque constituye el fundamento último de este control previo de constitucionalidad; es decir, evitar la paradoja (propia del estado constitucional), de que puedan entrar en vigor leyes (y eventualmente producir efectos, en ocasiones difícilmente reparables) que no se ajustan a los parámetros constitucionales o que vulneran algún principio o derecho fundamental. En este sentido, orientar con carácter previo la tarea del legislador parece algo loable.

Sin embargo, dicho control previo sólo procederá si es solicitado por los sujetos legalmente legitimados. De manera que estamos ante un control *potestativo*, no imperativo.

Cabe entender que con esta previsión se pretende salvaguardar una pretendida superioridad del legislativo (que ostenta la legitimidad democrática) frente a la jurisdicción constitucional, que no viene refrendada por tal legitimidad y que ha de limitarse a una mera legitimidad de ejercicio. Ya hemos aludido anteriormente, al analizar las paradojas del Estado constitucional, a que esta tensión entre poder legislativo y jurisdicción constitucional no tiene un fácil encaje. Ciertamente, la opción de establecer un control previo potestativo es la forma más adecuada de relajar esa tensión, pero no por ello deja de ser imperfecta, y continuar sin resolver las graves consecuencias que se derivan de la vigencia de leyes que generan efectos durante un tiempo y luego son declaradas inconstitucionales.

Por otra parte, a diferencia de lo establecido en la anterior regulación (la derogada LTC de 1994), el control previo establecido por la nueva Ley 027 del TCP ha quedado restringido a los *proyectos legislativos* y a los *proyectos de ley del Ejecutivo*, no incluyéndose en el ámbito de esta consulta a los proyectos de leyes departamentales y municipales, así como los decretos supremos³²¹.

En efecto, la nueva CPE de 2009, al implementar el régimen de autonomías en el Estado Boliviano (Art. 1 CPE), ha conferido la potestad de legislar en determinadas materias a otros órganos territoriales, como son los gobiernos departamentales, los gobiernos regionales, municipales y las denominadas comunidades indígenas originarias campesinas. Estos organismos, al tener prerrogativas de dictar disposiciones –como el caso de las gobernaciones departamentales en materia de leyes departamentales y los gobiernos municipales ordenanzas municipales– deberían someterse a las mismas instancias de revisión constitucional que las disposiciones normativas dictadas por la

³²¹ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 323.

Asamblea Legislativa Plurinacional, con la finalidad de dar cumplimiento al principio de primacía constitucional reconocido en el Art. 410 de la CPE.

Sin embargo, este tipo de disposiciones legislativas no se contemplan entre las que pueden ser objeto de consulta por parte de las más altas autoridades legislativas del Estado plurinacional, algo que obviamente, tampoco ha podido ser subsanado por el *Código de Procedimientos Constitucionales* (CPC) ya que este reglamento no puede alterar el ámbito de aplicación de las consultas de constitucionalidad, por tratarse de una condición sustantiva ya definitivamente establecida por la Ley 027.³²²

4.2. Carencias formales en la regulación

La LTCP y el CPC también silencian un aspecto procesal de capital importancia en la tramitación de este procedimiento; en concreto, lo referente al momento en el que debe plantearse la consulta. Por un lado, puesto que el objeto del procedimiento ha quedado restringido a la consulta sobre *proyectos de ley*, puede establecerse de manera deductiva un límite máximo y último al respecto: parece lógico que esa consulta no pueda plantearse más allá de la promulgación formal del mencionado proyecto, puesto que en ese momento ya se ha convertido en Ley. Pero el verdadero problema temporal no afecta tanto al límite máximo de la consulta, como al momento inicial a partir del cual puede plantearse. Porque ahí la lógica ya no tiene tanta cabida para determinar la cuestión.

El problemático silencio de ambos textos (la LTCP y el CPC) permite sostener que tal consulta podría plantearse desde el primer momento en que un proyecto de ley entra oficialmente en la Cámara para ser debatido. Pero ese momento no parece el más indicado ni coherente para plantearla, puesto que los debates parlamentarios están

³²² GOBIERNO AUTÓNOMO DE SANTA CRUZ, Consultoría: “Análisis e interpretación constitucional de la Ley no. 027 de 6 de julio de 2010 (Ley del tribunal constitucional plurinacional)”, Santa Cruz de la Sierra, 12 de diciembre de 2011.

destinados, precisamente, a matizar, enriquecer y modificar los proyectos de ley, de acuerdo a muy diversos parámetros, a través de transacciones, enmiendas, etc. De manera que no resultaría muy eficaz una consulta sobre un texto que resultará modificado más o menos sustancialmente en su redacción final sobre el borrador inicial. En consecuencia, aún siendo legalmente posible plantear la consulta desde el primer momento, no resultaría técnica ni jurídicamente viable hacerlo sobre un texto que no será definitivo.

Por otra parte, la ausencia del momento procesal oportuno, abre la preocupante posibilidad de que tal consulta pueda efectuarse indefinidamente, cada vez que el proyecto entre en una nueva fase, admita una nueva enmienda, o se modifique en algún aspecto considerado sustancial por quien está legitimado activamente para interponerlo.

Eso nos lleva a considerar que el momento procesal más adecuado para plantear ese tipo de consulta, en nuestra opinión, sería el intervalo que se produce entre la votación que aprueba definitivamente en la Cámara un proyecto de ley y el acto por medio del cual dicho proyecto queda formalmente sancionado y promulgado como ley. Pero esto, aun siendo jurídica y técnicamente lo más razonable, no resulta legalmente imperativo, por lo que nada obsta a que dicha consulta pueda producirse en cualquier otro momento con el consiguiente trastorno ocasionado en el *iter legislativo* y las graves consecuencias que de ello pueden derivarse, como por ejemplo: que el texto pueda ser ulteriormente modificado, haciendo superflua e ineficaz la consulta y trivializando la acción del TCP a quien se obliga a pronunciarse sobre algo inexistente.

En definitiva, hubiese sido deseable en aras de una exigible seguridad jurídica y eficacia procesal en la acción del TCP, que la Ley 027 hubiera especificado concretamente el momento en que esta consulta pueda plantearse. Lamentablemente, este aspecto que sí podría haber sido abordado por el CPC, dado que se trata de algo no explícitamente comprometido por el tenor legal, tampoco ha sido contemplado,

generando un preocupante vacío jurídico y abriendo amplias posibilidades manipuladoras.

También resulta sorprendente que la Ley 027 no se haya planteado la eventualidad de que el TCP pueda rechazar la pertinencia de dicha consulta y, por tanto, se niegue a considerarla y a pronunciarse consecuente sobre la misma. Tampoco el CPC lo especifica en su regulación del supuesto, ni en los requisitos generales comunes establecidos para todos los procedimientos constitucionales establecidos en su art. 24. ahí otra de las cuestiones cuyo silencio legislativo ocasionará diatribas importantes y que de producirse en algún caso facilitará interpretaciones de corte ideológico o partidista. En otras palabras, la indefinición legal al respecto deja abierta la cuestión sobre si toda consulta que se plantee debe ser necesariamente admitida a trámite por el TCP y resuelta en el plazo establecido, o si discrecionalmente el TCP tiene facultad para considerar no pertinente una consulta y desestimarla sin pronunciarse sobre ella.

En efecto, más allá de que la Ley no haya especificado los requisitos de forma de la consulta (algo que puede subsanarse en el futuro Código reglamentario), sí resultaba imprescindible que hubiera especificado, bien la obligatoriedad de aceptar y pronunciarse sobre cualquiera que se le presente, o bien tasar las causas que puede invocar el TCP para rechazar dicha consulta y evitar pronunciarse.

El silencio legal parece apuntar hacia la obligatoriedad de aceptar y pronunciarse sobre cualquier consulta que se le plantee; pero si esto es interpretado así, se genera una doble y grave consecuencia. Por un lado, que este procedimiento pueda utilizarse como mecanismo de bloqueo de los debates parlamentarios y, por otro lado y al mismo tiempo, que contribuya a saturar el trabajo del TCP, ya de por sí siempre saturado, perjudicando su correcto funcionamiento y comprometiendo su pronunciamiento sobre otras cuestiones más relevantes.

Algunos autores, como Rivera Santibáñez³²³ proponen en las cuestiones formales, aplicar las previsiones de la Parte Segunda de la LTCP (Art. 54) relativas a la normativa general de los procedimientos constitucionales en base a una interpretación contextualizada. En ese sentido, cuando se reciba la consulta, al igual que sucede con toda acción o recurso, la Comisión de Admisión del TCP puede admitirlas u observar los defectos de forma subsanables.³²⁴ Pero en todo caso, no queda claro si cabe la denegación del pronunciamiento.

5. CONSULTAS DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS ORIGINARIO CAMPESINAS SOBRE LA APLICACIÓN DE SUS NORMAS JURÍDICAS A UN CASO CONCRETO

El Art. 137 LTCP dispone que las autoridades indígena originario campesinas podrán elevar en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional la aplicación de sus normas a un caso concreto, para que éste determine su compatibilidad con la Constitución Política del Estado.

Bajo estas condiciones, el Art. 138 LTCP determina que la consulta deberá ser presentada identificando la nación o pueblo indígena originario campesino, pudiendo ser de forma escrita u oral ante la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual tendrá el plazo de setenta y dos horas para la admisión.

El Art. 139 LTCP dispone que la consulta se llevará a cabo por la (o las) autoridades de la nación o pueblo indígena originario campesino.

³²³ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 323

³²⁴ GOBIERNO AUTÓNOMO DE SANTA CRUZ, Consultoría “Análisis e interpretación constitucional de la Ley no. 027”, cit., p. 68.

En su apartado II esta disposición establece que dentro de los treinta días siguientes, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá una Declaración Constitucional, en castellano y en el idioma del pueblo o nación indígena originario campesina que promovió la consulta.

El Art. 140 LTCP dispone que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la Sala que corresponda, emitirá declaración que establezca la aplicabilidad o no de la norma consultada al caso concreto.

Cuando ello no sea posible, propondrá respuestas alternativas, culturalmente adecuadas al caso concreto planteado. En cualquier caso, la declaración tendrá carácter obligatorio.

5.1. Carencias materiales en la regulación

Ciertamente, resulta previsible (y razonable) que en este tipo de consultas, dado el carácter prevalentemente consuetudinario del derecho indígena, no se exijan demasiadas formalidades por parte del TCP a la hora de formular dichas consultas. Pero sí resulta razonable pensar que, cuando se ha planteado la duda respecto de la aplicación de una norma consuetudinaria a un caso concreto, es porque alguien de la propia comunidad la ha cuestionado. Y si se ha cuestionado resulta razonable pensar que el fundamento podrá estar en alguna contradicción, manifiesta o implícita, con alguno de los derechos o libertades fundamentales garantizados por la CPE a todos los ciudadanos, por tanto, también a quienes forman parte de una comunidad indígena originaria. Obviamente, esa es la razón por la que se obliga al TCP a pronunciarse al respecto. Y así ha sido sancionado por el art. 128 CPC: *‘Las consultas de Autoridades Indígena Originaria Campesinas, sobre la aplicación de sus normas a casos concretos, tienen por objeto garantizar que dichas normas guarden conformidad con los principios, valores y fines previstos en la Constitución Política del Estado’.*

En este sentido, consideramos que la norma de la Ley 027 debería haber ido más allá y debería haber especificado y acotado más claramente el sentido y el carácter de dichas consultas. En otras palabras, debería haber establecido una presunción *iuris tantum* a favor de la constitucionalidad del derecho indígena; o bien, haber establecido que, de oficio, el TCP podrá revisar y determinar la modificación o derogación de aquellas normas o costumbres del derecho indígena que resulten contrarias a la CPE; y esto porque al integrarse como tal en la CPE, dichos cuerpos legislativos adquieren un rango constitucional, lo cual exige obviamente que no contengan disposiciones anticonstitucionales.

En consecuencia, esta disposición debería haber precisado que dichas consultas sólo serán admisibles en el caso de que pueda constatarse o haber indicios fundados de que una norma o costumbre vigente en una comunidad originaria pudiera violar el contenido esencial de una norma constitucional o de un derecho fundamental. En caso contrario, si cualquier norma del derecho indígena puede cuestionarse, entonces la presunción de constitucionalidad que le ha otorgado la nueva CPE se devaluaría gravemente, y en última instancia, su vigencia y aplicación efectiva resultaría una quimera puesto que el TCP acabaría viéndose obligado a tener que pronunciarse sobre todas y cada una de las normas indígenas que pretendieran aplicarse. Pero esto ya lo debiera haber hecho de oficio.

Hay también una segunda cuestión. Si la manifiesta intención del precepto consiste en establecer una garantía de constitucionalidad sobre la aplicación de determinadas normas indígenas a casos concretos, entonces se plantea un grave problema en relación con los sujetos activamente legitimados para realizar la consulta. Por mandato del Art. 137 LTCP sólo podrá presentarla quien está constituido en *autoridad indígena originario campesina*. Dejando a un lado los problemas formales de acreditación que expondremos a continuación, el problema se plantearía en el caso de que dicha autoridad no aceptara elevar dicha consulta al TCP sobre la norma en cuestión y, sin embargo,

pudiera derivarse un grave daño por su aplicación a un sujeto (o sujetos) afectados, o existiera un amplio consenso en cuestionar la aplicación de dicha norma al caso de que se trate. De ahí la necesidad de haber establecido, a nuestro juicio, dos previsiones subsidiarias en relación con la legitimación activa; una en clave *cuantitativa* (facultar la posibilidad de plantear la consulta cuando exista un número determinado de miembros de la comunidad indígena originaria que así lo consideren); una segunda en clave *sustantiva* (facultar al afectado (o afectados) a plantearla cuando el daño que pudiera derivarse de la aplicación de dicha norma o costumbre fuera especialmente grave).

5.2. Carencias formales de la regulación

Como ya hemos apuntado, la condición exigida por el precepto en cuanto a la legitimación activa, es decir, estar constituido como *autoridad indígena originario campesina* puede plantear algún problema en relación con el modo de acreditar tal condición. Ciertamente, en estas comunidades no se realizan procedimientos formales reglados para la adquisición o el acceso a determinados cargos representativos, o para el reconocimiento de una autoridad de carácter fáctico sobre la comunidad. Pero no es infrecuente que puedan plantearse problemas respecto a la legitimidad de ostentar tal condición, especialmente en el momento en que se decide que alguien deje su cargo o en el que surgen corrientes opuestas a reconocer el liderazgo de algún cacique.

Consciente de estos posibles problemas de legitimidad o de representación, especialmente por lo que puede generar de abuso de poder y de negativa a plantear consultas (lo cual avala más todavía la exigencia de previsiones subsidiarias a las que aludíamos antes), la regulación debería haber establecido unos criterios mínimos y básicos, coherentes con los procesos electivos o legitimadores en dichas comunidades, relativos a la acreditación como autoridad de la comunidad indígena en cuestión (documentos, testificales, costumbres, etc.). De modo muy especial, cuando se produzca el cuestionamiento de dicha condición, bajo el que pueda intuirse una obstaculización de

la consulta en aras de salvaguardar algún precepto de dudosa constitucionalidad. Tampoco estas cuestiones formales, que sí podrían haber sido subsanadas por las previsiones reglamentarias correspondientes del CPC, han sido abordadas en dicho texto.

Por otra parte, al igual que sucedía con el supuesto anterior, la regulación tampoco ha establecido nada relativo al procedimiento y cautelas para este tipo de consultas. En concreto, nada dice respecto al modo de acreditación de la norma o costumbre que se pretende aplicar; tampoco dice nada respecto a la razonable suspensión cautelar de dicha aplicación (aunque pueda presuponerse o deducirse implícitamente por la aceptación a trámite de la consulta por el TCP). Tampoco establece si la consulta debe responder a un caso real o basta con que se plantee una mera suposición al respecto. En definitiva, aunque resulta obvio que en estos casos no deben regir excesivos requerimientos formales, la certeza y seguridad jurídica sí impone determinadas formalidades mínimas que garanticen la transparencia y rigor del procedimiento.³²⁵

6. CONSULTA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO

El Art. 141 LTCP establece que en estos procedimientos la consulta está dirigida a garantizar la supremacía constitucional frente a las preguntas que se elaboren con ocasión de los referendos nacional, departamental, regional o municipal.

En su apartado II se aclara que todas las preguntas de los referendos nacional, departamental, regional o municipal estarán sujetas a control de constitucionalidad.

³²⁵ GOBIERNO AUTÓNOMO DE SANTA CRUZ, Consultoría: “Análisis e interpretación constitucional de la Ley no. 027”, cit. p. 69.

El subsiguiente Art. 142 LTCP establece que el Órgano competente, en los plazos y términos establecidos en la Ley del Régimen Electoral, remitirá al Tribunal Constitucional Plurinacional la pregunta o preguntas propuestas para que éste se pronuncie declarando su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

A continuación, el Art.143 LTCP dispone que la Comisión de Admisión, en el término de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la consulta, la remitirá a la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional para que en un plazo de ocho días emita su declaración.

Finalmente, el Art. 144 LTCP establece que la declaración del TCP podrá disponer lo siguiente:

1. *La constitucionalidad de las preguntas.*
2. *La inconstitucionalidad de las preguntas, ordenando su compatibilización al texto constitucional.*

Por su parte, el *Código de Procedimientos Constitucionales* ha contemplado este tipo de control previo en los artículos 121-127 CPC.

El art. 122 CPC establece la absoluta obligatoriedad de las consultas relativas a esta materia: Todas las preguntas de referendos nacionales, departamentales o municipales, estarán obligatoriamente sujetas a control de constitucionalidad.

De acuerdo con el art. 123 CPC: Tienen legitimación para presentar consulta sobre la constitucionalidad de preguntas de referendo:

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.*

El art. 124 CPC, concretando el plazo para plantear la consulta (que el art. 141 LTCP remitía genéricamente a lo dispuesto por la Ley Electoral), dispone que: Las consultas deberán efectuarse en el plazo de *siete días* desde la recepción de la solicitud de referendo. No podrá desarrollarse el cronograma de actividades para la ejecución de los referendos por el Tribunal Supremo Electoral o los Tribunales Departamentales Electorales, hasta tanto no se pronuncie el Tribunal Constitucional Plurinacional

El art. 126 CPC establece el límite máximo de la resolución: El Tribunal Constitucional Plurinacional absolverá la consulta dentro del plazo de quince días, a partir del sorteo de la Relatora o Relator

El art. 127 CDC, además de repetir lo dispuesto por el art. 144 LTCP, concreta lo que procede en caso de declararse la inconstitucionalidad de las preguntas: el Órgano consultante solicitará a quien promovió la iniciativa la supresión o reformulación de las preguntas. En este segundo caso, si corresponde, volverá a presentar la consulta a fin de verificar su compatibilidad constitucional

6.1. Carencias materiales de la regulación

En primer lugar se aprecia una grave ambigüedad en la regulación. En efecto, si tanto la Ley 027 (art. 141.II) como el CPC (art. 122) establecen con absoluta contundencia la obligatoriedad de someter al control previo de constitucionalidad todas las preguntas que pretendan plantearse en un referéndum (sea cual sea el ámbito territorial en el que se proyecte), entonces ¿cómo debe interpretarse la doble legitimación establecida por el art. 123 CPC? Desde un punto de vista teórico, en buena técnica legislativa, la obligatoriedad del control previo exigiría que el órgano que convoca el referéndum (sea estatal, departamental o municipal), *de oficio y a través de*

su presidente o representante, planteara la consulta sobre la pregunta o preguntas al TCP, dentro del plazo establecido. Y esto esta exigencia genérica es la que debería haber plasmado el artículo 123 CPC, con la acertada salvedad de las consultas por iniciativa popular, que al no tener un representante, se remiten al Tribunal electoral. Sin embargo, el mencionado artículo alude a una doble legitimación para realizar la consulta, y esta sólo se prevé (según parece deducirse) para dos tipos de órganos impulsores del referéndum; si la iniciativa es *estatal*, al Presidente del órgano legislativo o al Presidente del Estado (cuando corresponda) y si la iniciativa es *popular*, al Presidente del Tribunal electoral competente.

Pero, entonces: ¿qué sucede con los referendos que no son de *iniciativa estatal* ni *popular*, como pueden ser los departamentales o municipales? La única explicación posible a esto reside en la ambigüedad con la que ha sido utilizado el término ‘estatal’. En efecto, con una defectuosa técnica legislativa, se ha empleado el término *estatal* para designar genéricamente a todas las instancias ‘*institucionales*’ que componen la gobernación y la estructura política del Estado: en el nivel nacional (el parlamento) en el nivel Departamental (las asambleas departamentales) y en el nivel municipal (los consejos del municipio). Y ese término genérico se emplea en su significado *institucional* para oponerlo a la instancia *popular*; es decir, cuando la iniciativa no parte de los ámbitos representativos del gobierno sino del pueblo.

Entendido así, resulta muy deficiente la redacción del texto legal que, como habíamos apuntado, debería haberse limitado a exigir *de oficio* la consulta a la instancia correspondiente, y que con su actual redacción introduce en la regulación una innecesaria y reprobable ambigüedad.

Por otra parte, el texto del art. 127.II CPC no aclara qué debe hacerse en el caso de que se declaren no procedentes (incompatibles con la Constitución) la pregunta o preguntas del pretendido referendo y se decreta su supresión. En efecto, el mencionado artículo sólo alude al caso en que se determine la reformulación de las preguntas,

obligando al órgano correspondiente a plantear una nueva consulta (se supone que cuando haya determinado el nuevo tenor de las preguntas) para seguir garantizando, obviamente, su constitucionalidad. Pero el silencio que guarda respecto al primer supuesto, permite albergar todo tipo de dudas y suposiciones. Tal rechazo puede interpretarse como una invalidación implícita del propio referéndum, dado que al resultar absolutamente inconstitucional la pregunta, carecería de sentido realizar un referéndum sobre la materia que esta planteaba. Esta interpretación parece la más plausible, pero entonces, siendo las consecuencias de tal resolución tan radicales, deberían haberse establecido expresamente en el precepto para generar una certeza jurídica en materia tan trascendental.

Sin embargo, ese silencio es el que permite albergar una interpretación diferente; a saber: que también en el caso de que la pregunta (o preguntas) sean declaradas inconstitucionales, y por tanto suprimidas, quepa reformularlas. Pero entonces, no se entiende el porqué de la exclusiva referencia del texto legal al segundo caso, ordenando su nuevo sometimiento al control previo de constitucionalidad.

6.2. Carencias formales de la regulación

El art. 124 establece que la consulta deberá efectuarse dentro de los siete días siguientes a la recepción de la solicitud de referéndum. Aunque el texto no lo explicita, se supone que el órgano que debe efectuar dicha recepción es el Tribunal Electoral correspondiente (en el nivel nacional o departamental). Siendo esto así, parecería más coherente que se hubiera legitimado para realizar la consulta a los presidentes respectivos de estos Tribunales electorales, dado que son los directamente encargados de velar por la pureza material y procedimental de estos eventos.

Resulta, en efecto, redundante que se establezca el plazo teniendo como referencia la solicitud ante el órgano electoral y que a éste se la prohíba iniciar ningún

procedimiento hasta tanto no se haya recibido la resolución del TCP y se la haya comunicado. Y, además, en el caso de que hubiera de reformularse la pregunta, habría que suponer que la solicitud de referéndum tendría que ser de nuevo presentada con el nuevo texto de la pregunta y esperar al nuevo pronunciamiento del TCP, que debería ser nuevamente comunicado al órgano electoral. Por economía procesal, quizá hubiera sido más coherente dejar toda la tramitación del procedimiento en manos de este órgano.

Por otra parte, continúa la incertidumbre sobre lo que procede hacer en el caso de que se decreta la supresión de la pregunta (o preguntas) por considerarlas inconstitucionales. Ni la Ley 027 ni el CPC aclaran si el Tribunal electoral correspondiente es el que debe denegar *de oficio* la realización del referendo solicitado, una vez le sea comunicado el pronunciamiento del TCP por parte del órgano institucional que lo planteó. O bien, si es el propio TCP el que debe dirigirse tanto al órgano institucional que lo planteó como al Tribunal Electoral correspondiente, indicando la improcedencia del referéndum. O, en última instancia, si en caso de supresión, hay que remitirse al mismo procedimiento que se siga para el caso en que se decreta la reformulación de las preguntas. Se trata de una laguna que generará en el futuro un serio problema interpretativo y exigirá, probablemente, un pronunciamiento *ad hoc* del propio TCP.

7. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTOS DE ESTATUTOS O CARTAS ORGÁNICAS DE ENTIDADES TERRITORIALES

El Art. 145 LTCP establece que en esta clase de procedimientos el Órgano deliberante de las Entidades Territoriales Autónomas debe remitir ante el Tribunal Constitucional Plurinacional el proyecto de Estatuto o Carta Orgánica para sujetarlo a

control de constitucionalidad, previa aprobación del órgano deliberante por dos tercios del total de sus miembros.

El Art. 146 LTCP establece que podrá presentar el Proyecto de Estatuto o Carta Orgánica, la Presidenta o el Presidente del Órgano deliberante de la entidad territorial.

El Art. 147 LTCP dispone en su procedimiento que recibido el Proyecto de Estatuto o Carta Orgánica, el Tribunal Constitucional Plurinacional en el término de treinta días calendario emitirá Declaración Constitucional pronunciándose sobre la constitucionalidad o no del Proyecto.

El Art. 148 LTCP establece que si el Tribunal Constitucional Plurinacional declarara la inconstitucionalidad del Proyecto de Estatuto o Carta Orgánica o de alguna de sus cláusulas, dispondrá que el órgano deliberante adecue el Proyecto con la Constitución Política del Estado.

Cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional declare la constitucionalidad del Proyecto, el Órgano deliberante de la Entidad Territorial Autónoma podrá someter a referéndum aprobatorio el Estatuto o Carta Orgánica.

El *Código Procesal Constitucional* concreta la regulación de este supuesto (arts. 116-120 CPC) en los siguientes términos:

Después de reafirmar que el fundamento de este control previo radica en garantizar el principio de supremacía constitucional (art. 126 CPC), al igual que en los anteriores supuestos, establece la obligatoriedad de someterse a dicho control previo por parte de las entidades territoriales que pretendan promulgar un Estatuto o Carta Orgánica (art. 117 CPC).

El art. 118 CPC, al determinar la legitimación de quienes deben plantear esta consulta, reproduce en parte lo establecido por el art. 145 LTCP, y añade una disposición (oportuna) relativa al caso de las Autonomías Indígenas:

- I. La consulta sobre la constitucionalidad del Proyecto de Estatuto o Carta Orgánica deberá ser presentada por la Presidenta o Presidente del Órgano deliberante de la Entidad Territorial que lo propuso, previa aprobación por dos tercios del total de sus miembros.*
- II. En el caso de las Autonomías Indígenas Originario Campesinas estarán legitimados para la presentación de la consulta las autoridades que ellos designen de acuerdo a sus normas y procedimientos propios*

Con relación al procedimiento, el art. 119 CPC establece lo siguiente:

- I. La Comisión de Admisión dentro de los diez días siguientes de conocida la consulta observará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Código para la presentación.*
- II. Cumplidos los requisitos o subsanadas las observaciones en un plazo de diez días, la Comisión de Admisión, por orden, dispondrá el sorteo de la Magistrada o Magistrado Relator. En caso de no adjuntarse los requisitos o no subsanadas las observaciones, en el plazo previsto, se tendrá por no presentada la consulta.*
- III. El Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá Declaración Constitucional sobre la consulta en el plazo de cuarenta y cinco días siguientes.*

Finalmente, el art. 120 CPC determina los efectos que se derivarán de las posibles resoluciones del TCP al respecto:

II. El Tribunal Constitucional Plurinacional podrá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad, parcial o total, del Proyecto de Estatuto o Carta Orgánica

III. Si el Tribunal Constitucional Plurinacional declara la inconstitucionalidad del Proyecto de Estatuto o Carta Orgánica o de alguna de sus cláusulas, dispondrá que el Órgano deliberante adecúe el Proyecto de acuerdo con la Constitución Política del Estado. En este caso, y cuantas veces sea necesario, antes de entrar en vigencia, el Proyecto deberá ser objeto de un nuevo control de constitucionalidad

7.1. Carencias materiales de la regulación

Por una parte, se observa una clara antinomia legislativa, en relación con los plazos dentro de los cuales el TCP debe dictar resolución. Por un lado, el art. 147 LTCP establece al efecto un plazo de 30 días. Por otro lado, el art. 117.III CPC establece para dicha resolución un plazo de 45 días, a partir de la subsanación de las deficiencias (si las hubiere) por parte del órgano deliberativo correspondiente (art. 117.II CPC). Ante esta contradicción, no queda claro cuál es el criterio que procede articular para resolverla. En rigor, si procediera, debería utilizarse en primer lugar, el criterio de jerarquía legislativa, pero considerando que ambas leyes gozan del mismo rango, habría que acudir al segundo de los criterios tradicionales para la resolución de las antinomias; a saber, el criterio cronológico: en caso de igual rango, la ley posterior prevalece sobre la ley anterior³²⁶. Esto significa que el plazo establecido por el CPC de 45 días debe prevalecer sobre el establecido por la LTCP de 30 días. Si bien, resulta absolutamente sorprendente que se haya incurrido en una antinomia de este estilo.

Por otra parte, tanto el art. 145 LTCP como el art. 118.I CPC, establecen que dicha consulta previa sobre la constitucionalidad del proyecto de Estatuto o Carta orgánica

³²⁶ Vid. TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 127 ss.

sólo procederá si éste ha sido aprobado por las dos terceras partes del órgano deliberante de la Entidad territorial correspondiente. Se trata de una prescripción completamente extemporánea, porque el establecimiento de este tipo de exigencias en cuanto a la aprobación de este tipo de proyectos, compete a la regulación propia del órgano deliberante y es en la Constitución Política del Estado donde debe establecerse, o en su defecto, en la regulación específica del Parlamento nacional o Asamblea deliberativa al efecto.

De este modo, el control previo de constitucionalidad que compete al TCP, debe dar por supuesto que el texto que se le somete es un proyecto de Estatuto legítimamente aprobado con arreglo a las mayorías cualificadas exigidas por la CPE o por el órgano deliberante, entendiendo que si no se han respetado no cabe pronunciarse porque no se trata de un auténtico proyecto. Pero en absoluto procede, como prevén ambos textos legales, someter el control previo a que el proyecto haya sido aprobado por una mayoría cualificada de dos tercios. Hay que entender que es el órgano democrático (las cámaras deliberativas) quienes deben fijar el nivel de mayorías exigibles en función del texto legal de que se trate, de acuerdo con la CPE, No corresponde al TCP exigir ese tipo de mayorías puesto que a él solo compete el control constitucional de la legalidad, no determinar el modo en que la legalidad llega a ser tal. Eso sólo puede provenir del principio democrático.

7.2. Carencias formales de la regulación

Tan sólo señalar aquí otra ambigüedad en la redacción de los artículos 145 LTCP y 118.I CPC, a los que nos hemos referido en el apartado anterior, en su exigencia de aprobación de los proyectos por dos tercios del total de los miembros del órgano deliberante que los propuso. La ambigüedad reside, en efecto, en que tal disposición podría interpretarse en el sentido de que sólo quepa plantear la consulta ‘cuando lo aprueben (aprueben que se plantee la consulta) los dos tercios de miembros de dicho

órgano'. Ciertamente, el hecho de que el control previo se establezca como obligatorio en ambos textos (art. 145 LTCP y art 117 CPC) excluye esta interpretación, pero no deja de sorprender que se haya redactado en tales términos, máxime cuando acabamos de exponer que no es éste el ámbito adecuado para establecer exigencia en cuanto a mayorías para la aprobación de textos legislativos.

Por otra parte, la coherencia legislativa exigiría también que se impusiera algún tipo de requisitos o exigencias formales a los proyectos que provengan de Autonomías indígenas. Aun considerando su peculiaridad jurídica y respetando sus modos tradicionales de autogobierno, sí resultaría procedente garantizar que un proyecto de Estatuto o Carta orgánica cuenta con el respaldo suficiente de la población a la que pretende regular.

8. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA RATIFICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

El Art. 149 LTCP establece para este procedimiento que cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre su constitucionalidad, la Presidenta o el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, con resolución expresa, enviará el mismo en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional antes de su ratificación.

El Art. 150 LTCP dispone que recibida la consulta, el Tribunal Constitucional Plurinacional dispondrá la citación de la Ministra o el Ministro de Relaciones Exteriores en representación del Órgano Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que exprese en el término de quince días su opinión fundada sobre la consulta. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en el término de treinta días, emitirá Declaración Constitucional.

El Art. 151 LTCP establece en cuanto a la declaración constitucional y sus efectos que si el Tribunal Constitucional Plurinacional declarare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución Política del Estado no podrá ser ratificado.

En el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional. La declaración tendrá efecto vinculante.

El *Código Procesal Constitucional*, por su parte, en la regulación específica del control previo de esta figura (arts. 106-109 CPC), dispone lo siguiente:

En cuanto al fundamento de esta consulta, el art. 106 CPC expresa que “el control previo de constitucionalidad de Tratados Internacionales tiene por objeto confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado, antes de su ratificación, y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, total o parcial”.

Existe una triple legitimación para elevar la consulta sobre un tratado internacional al TCP. En primer lugar, cuando se trata de un *proyecto* de tratado internacional que se está negociando (y en el que se supone que Bolivia es parte activa), de acuerdo con el art. 107.I CPC, corresponde la legitimación a “la Presidenta o Presidente del Estado, en caso de tener duda fundada sobre la constitucionalidad del Proyecto de Tratado o alguna de sus partes”.

En segundo lugar, cuando se trata de la *ratificación* de un tratado internacional (se supone que se refiere al caso de un tratado ya aprobado por otras partes y al que Bolivia quiere adherirse y también al caso de un tratado que se está negociando y en el que Bolivia es parte de la negociación), de acuerdo con el art. 107.II CPC, “el texto del Tratado Internacional negociado por el Órgano Ejecutivo debe remitirse al Órgano Legislativo, para su eventual aprobación y posterior ratificación”. Y en ese supuesto,

corresponderá a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional enviarlo, de forma obligatoria y dentro del plazo de veinte días de su recepción, al Tribunal Constitucional Plurinacional, antes que dicho instrumento internacional sea ratificado. Este mismo apartado precisa que: “A tiempo de remitirse en consulta el Tratado Internacional, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional podrá manifestar la duda fundada que tenga, sobre la inconstitucionalidad del Proyecto de Tratado o algunas de sus estipulaciones”.

En tercer lugar, “En el mismo plazo, las Presidentas o Presidentes de las Cámaras de Senadores o de Diputados, respectivamente, o al menos cinco Senadores o diez Diputados, podrán manifestar directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, o a través de la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la duda fundada que tengan sobre la inconstitucionalidad del Proyecto de Tratado, o algunas de sus estipulaciones” (Art. 107.III CPC).

Con relación al procedimiento, el art. 108.I CPC establece que: “Una vez admitida la consulta, la Comisión de Admisión dispondrá que ésta sea de conocimiento del Órgano Ejecutivo, cuando corresponda, para que en el plazo de quince días desde su notificación emita su opinión fundada sobre la consulta”. Conviene precisar aquí que el art. 150 LTCP precisaba que debía ser el Ministro o Ministra de Relaciones Exteriores quien debía comparecer ante el TCP. “Transcurrido este plazo, con o sin la remisión de la opinión, el Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá Declaración Constitucional en el plazo de los cuarenta y cinco días, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad total o parcial del Proyecto del Tratado Internacional en consulta.” (Art. 108.II CPC).

Finalmente, con relación a los efectos de la consulta, el art. 109 CPC se limita a reproducir lo establecido por el art. 151 LTCP. A saber: “En caso de declararse la inconstitucionalidad de un Tratado Bilateral, el mismo no será ratificado, debiendo procederse a su renegociación, si corresponde” (art. 109.I CPC). Y también que: “La

declaración de inconstitucionalidad de alguna cláusula de un Tratado Multilateral, no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva de los preceptos considerados contrarios a la Constitución Política del Estado por la Declaración del Tribunal Constitucional Plurinacional” (art. 109.II CPC).

8.1. Carencias materiales de la regulación

Existe una preocupante ambigüedad legislativa, ya suscitada anteriormente con relación a otras cuestiones, en lo que se refiere a los diversos supuestos y a los sujetos legitimados para elevar la consulta. En primer lugar, conviene subrayar que en la Ley 027 dicha legitimación se reserva exclusivamente al presidente de la Asamblea Legislativa, mientras que el CPC amplía esta legitimación al resto de instancias políticas (Presidenta/e del Estado, presidentes o del Senado y Cámara de Diputados, cinco senadores, diez diputados). Sin perjuicio de que sea positiva esta ampliación, hubiera sido deseable una mayor coherencia entre las leyes.

Pero el problema radica, como apuntábamos en la ambigüedad del lenguaje jurídico utilizado. En efecto, cuando se concede la legitimación al Presidente del Estado para formular la consulta, se alude a dudas sobre un ‘*Proyecto de Tratado*’. Cuando se concede la legitimación al presidente/a de la Asamblea Legislativa, se habla de ‘*aprobación y ratificación de un Tratado*’. Y cuando se legitima a presidentes/as de las Cámaras de Senadores o Diputados, y a un número de miembros de cada una de ellas, entonces se vuelve a aludir a dudas sobre un ‘*Proyecto de Tratado*’. ¿Cómo debemos interpretar esta grave imprecisión del lenguaje legal?

Por un lado, si nos atenemos a una interpretación rigurosamente literal de lo establecido por el segundo párrafo, la Asamblea Legislativa, en sentido estricto, puede realizar dos funciones diferentes: *aprobar* un proyecto de tratado internacional (y en este caso debe sobreentenderse que es Bolivia como estado, a través de su ejecutivo, quien lo

debe negociar con otros actores internacionales); o bien *ratificar* un tratado internacional, y en este caso se sobreentiende que dicho tratado ya ha sido negociado y aprobado por otros países u organismos internacionales y corresponde a Bolivia decidir si se adhiere o no a él (porque ése es el significado jurídico del término *ratificación*). Establecido esto, resulta muy procedente que el Presidente de la Asamblea legislativa, en ambos casos, pueda plantear las dudas que albergue, si las tiene (o las recibe) sobre la constitucionalidad del tratado que debe aprobar o ratificar. Pero, entonces: ¿por qué no legitimar también en este caso para formular la consulta a quienes deberán votar la aprobación o la ratificación (según proceda) de tales tratados; esto es, senadores o diputados?

En ese sentido, cabe interpretar que cuando se alude a estos senadores o diputados en el tercer párrafo del art. 107 CPC y se les legitima para elevar la consulta sobre *Proyectos de Tratados*, se está utilizando impropiaemente el término ‘proyectos’ y, en realidad, se quiere referir tanto al supuesto de aprobación como al de ratificación; es decir, tanto a proyectos de tratado (en sentido estricto) como a tratados ya internacionalmente aprobados y sometidos a la ratificación de la Asamblea legislativa.

Por otra lado, con relación a la legitimación del Presidente del Estado, resulta muy coherente y oportuna su legitimación en el caso de *Proyectos de Tratado*; es decir, en el caso de que Bolivia, como parte, y a través del ejecutivo, esté negociando el contenido y la firma de un tratado bilateral o multilateral. En este caso, puesto que intervienen otros actores internacionales y luego deberá someterse a su aprobación por la Asamblea legislativa, procede elevar consulta previa de constitucionalidad para facilitar el procedimiento ante las Cámaras. Sin embargo, no resulta tan coherente que el Presidente del Estado no pueda plantear una consulta previa cuando se trata de *ratificar* un tratado. Puesto que, aunque deba presentar a la Asamblea el texto para ser ratificado, convendría que evacuara con anterioridad las dudas de constitucionalidad que pudiera tener.

El segundo problema de índole material que presenta la regulación de esta figura radica en la ambigua fórmula del art. 108 CPC relativa a la admisión de la consulta: “Una vez admitida la consulta...”. ¿Puede existir una resolución o auto de rechazo de la consulta? ¿Qué pasa si hay rechazo? El tenor literal del precepto permite albergar esta duda, aunque no parece razonable pensar que el TCP pueda rechazarla si ponemos este artículo en conexión sistemática con el resto de preceptos que regulan las otras figuras paralelas que ya hemos analizado. En consecuencia, el TCP aunque debe admitir expresamente la consulta, no puede rechazarla sino que debe pronunciarse sobre ella.

8.2. Carencias formales de la regulación

Al respecto debemos señalar la incongruencia que sobre los plazos para emitir la resolución se plantea entre lo establecido por el art. 150 LTCP (treinta días) y lo establecido por el art. 108.II CPC (cuarenta y cinco días). Como es obvio, el plazo establecido por esta segunda ley prevalece sobre el establecido por la primera, en virtud del criterio cronológico de resolución de antinomias. Pero resulta sorprendente que no se cuide la coherencia legislativa entre dos regulaciones tan próximas y sobre materia tan trascendental.

9. CONTROL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Como habíamos apuntado al principio, estamos ante un supuesto muy singular de control previo de constitucionalidad, ya que se trata de controlar la constitucionalidad del propio proceso de reforma constitucional. Es evidente que estamos ante un control dirigido exclusivamente a garantizar que los procedimientos establecidos en la CPE sean respetados; no obstante, cuesta trabajo considerar, al menos desde el punto de vista

teórico, que pueda iniciarse un procedimiento de estas características sin que se hayan respetado los procedimientos previstos.

En ese sentido, la oportunidad de esta consulta debe entenderse como una especie de cautela, siempre útil para contribuir al rigor procedimental en un trámite tan trascendental como el de una reforma constitucional, pero que difícilmente puede llegar a un pronunciamiento negativo en algún caso, dado que los procedimientos establecidos por el art. 411.II de la CPE para la reforma son patentes y ninguna de las Cámaras iniciará el proceso cuando no se hayan respetado los trámites previstos o haya dudas fundadas de que así sea.

Tanto la Ley 027 (arts.152-156) como el *Código Procesal Constitucional* (arts. 149-152) se han ocupado de regular el supuesto de manera similar y con no demasiada precisión. Sin embargo, existen unas aportaciones sustanciales realizadas por el CPC y que atañen a la posibilidad de iniciar este proceso a partir de una iniciativa popular y a las consecuencias que se derivan de la resolución del TCP. Veamos.

El Art. 152 LTCP establece en este tipo de procedimientos que la consulta tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución, en los términos previstos por el Artículo 411 parágrafo II de la Constitución Política del Estado.

El Art. 153 LTCP dispone que en el término de veinticuatro horas desde la presentación de la propuesta de reforma parcial, podrán elevar consulta sobre su constitucionalidad los siguientes:

1. *La Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional.*
2. *Cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional.*

El Art. 154 LTCP determina que la Comisión de Admisión, en el término de las veinticuatro horas siguientes, remitirá a la Sala Plena del TCP la consulta respecto al procedimiento de reforma de la CPE, disponiendo citación a la Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional, la Presidenta o el Presidente de la Cámara de Diputados, la Presidenta o el Presidente de la Cámara de Senadores, la Presidenta o el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que en el término de quince días respondan a la consulta.

El Art. 155 LTCP dispone que vencido el plazo del Artículo anterior, con respuesta o sin ella, el TCP emitirá *Declaración Constitucional* en los próximos treinta días, bajo responsabilidad penal.

El Art. 156 LTCP establece que la Declaración Constitucional determinará la observancia o inobservancia de las formalidades del procedimiento de reforma establecidas en el Artículo 411 parágrafo II de la Constitución Política del Estado.

La Declaración del Tribunal Constitucional Plurinacional que establezca la inobservancia del procedimiento de reforma, dispondrá que sea reformado el defecto u omisión, a los fines de viabilizar el procedimiento.

Por su parte, *el Código Procesal Constitucional*, como ya habíamos apuntado, aporta algunas novedades respecto a lo ya establecido por la Ley 027. Ninguna en cuanto al objeto y los sujetos legitimados. E efecto, el art. 149 CPC reproduce lo establecido por la LTCP relativo al objeto de la consulta (declaración de la constitucionalidad del proceso de reforma parcial de la CPE). Y el art. 150 CPC reproduce igualmente a los sujetos legitimados (Presidente del Estado y Presidente de la Asamblea Legislativa).

Sin embargo, el art. 151 CPC alude (a nuestro juicio de manera superflua e innecesaria) a la procedencia de la consulta cuando se promueve por los sujetos legitimados para ello, algo que resulta obvio. Aunque lo que en realidad pretende establecer es la obligatoriedad de dicha consulta en todo caso, y lo hace en el último inciso, de manera algo confusa, indicando que procederá “en todos los casos en que esta se plantee”. No obstante, en la regulación prevista por el CPC se omite lo establecido por el art. 154 LTCP (relativo al plazo de las 24 horas para la admisión y a la preceptiva citación del presidente/a del Estado, de las Cámaras o de la Asamblea legislativa para que se pronuncien sobre la consulta en el plazo de 15 días). Tampoco añade nada sobre el plazo de 30 días para emitir sentencia, se hayan pronunciado o no los sujetos anteriormente citados (art. 155 LTCP).

Donde sí se aprecia una novedad importante sobre las previsiones de la Ley 027 es en el procedimiento ante el TCP y en las consecuencias de la resolución de éste. En efecto, el art. 152 CPC exige, en primer lugar, acreditar dos requisitos formales previos que son clave en la constitucionalidad del procedimiento de reforma, según provenga de una iniciativa popular o de una ley votada en el Parlamento:

I. La propuesta de reforma parcial de la Constitución Política del Estado que tendrá como origen la iniciativa popular o una Ley de reforma de la Asamblea Legislativa Plurinacional, será revisada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, una vez que se haya notificado por el Órgano Electoral la obtención de la firma de por lo menos el veinte por ciento del electorado, o se haya notificado por la Asamblea Legislativa Plurinacional la obtención de un mínimo de dos tercios de votos del total de sus miembros presentes.

En segundo lugar, el art. 152 CPC delimita el contenido (el fondo) sobre el que debe resolver el TCP y que se concreta en dilucidar si se trata o no de una auténtica *reforma parcial* de la CPE:

II. El Tribunal Constitucional Plurinacional decidirá si el contenido de la iniciativa popular o de la Ley de reforma está conforme con la materia que la Constitución Política del Estado asigna a la reforma parcial.

En tercer lugar, en el art. 152.III CPC se prevén las consecuencias de una hipotética resolución que estimara el carácter no parcial sino total de la propuesta de reforma. En este caso, atendiendo a lo establecido por el art. 156.II LTCP, tendente a facilitar la viabilidad del procedimiento, se excluyen del preceptivo referendo validatorio de la reforma las partes afectadas por el veredicto negativo del TCP:

III. En caso que la iniciativa popular o la Ley de reforma contenga propuestas de modificación constitucional que correspondan a la reforma total de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará improcedente, total o parcialmente, la iniciativa o la Ley de reforma, que no podrá ser objeto de referendo en aquello que el Tribunal Constitucional Plurinacional haya declarado inconstitucional.

9.1. Carencias materiales de la regulación

Resulta excesivamente exigua la regulación procedimental ofrecida por el art. 152.III CPC en lo relativo a los efectos que se derivarán de una hipotética resolución del TCP en sentido negativo; es decir, cuando estime que la reforma propuesta no tiene el carácter parcial pretendido sino que se trata de una reforma total, supuesto de imposible constitucionalidad, por su propia naturaleza (ninguna constitución puede prever su reforma total). La cuestión que este artículo no dilucida es lo que deba hacerse con la parte (o totalidad) de la propuesta de reforma constitucional declarada improcedente.

Excluirla del referendo es una consecuencia obvia, que podría haberse omitido por superflua en la regulación (nada inconstitucional puede someterse a referendo para ser confirmado por el pueblo). Pero ¿cabe la posibilidad de reformularla nuevamente? El tenor literal del precepto parece indicar una respuesta negativa: la propuesta deberá someterse a referendo sin la parte declarada improcedente, y si resulta improcedente la totalidad de la propuesta, entonces tal propuesta debe desecharse en su totalidad. Ahora bien, sigue abierta la cuestión sobre si cabe plantear una nueva propuesta de reforma sobre la misma materia en otro sentido y someterla de nuevo al TCP, o bien, si ya queda vetada la posibilidad de hacerlo una vez declarada su improcedencia.

Atendiendo a una interpretación sistemática, cabría responder negativamente. En efecto, siempre que el legislador ha previsto que pudiera darse una reformulación de las propuestas ante la declaración de inconstitucionalidad de las mismas, ha especificado en el texto legal que las nuevas propuestas deberían ser sometidas también a un nuevo juicio del TCP (así lo ha hecho en el art. 127.II CPC en relación con las preguntas para referendos y en el art. 120.II CPC relativa a Estatutos o cartas orgánicas).

Sin embargo, cuando ha querido excluirlas, ha guardado silencio sobre el particular dejándolo implícitamente establecido (así lo ha hecho en el art. 110.II CPC relativo a los Tratados internacionales, en los que se repite la fórmula de excluir del referendo las partes declaradas inconstitucionales; y en el art. 115.III CPC, en el que se obliga a excluir o adecuar a la constitución la parte correspondiente de los proyectos de ley declarada inconstitucional. Así pues, entendemos que, dada la trascendencia que tiene una reforma constitucional, tanto por el tenor literal como por la interpretación sistemática del precepto, la declaración de improcedencia de una propuesta de reforma parcial de la constitución, excluye radicalmente que pueda volver a plantearse una nueva propuesta al respecto sobre en el mismo sentido y sobre la misma materia.

En atención a lo expuesto, hubiera sido conveniente (precisamente por la trascendencia que hemos hecho notar) que dicha consecuencia se especificara en la

regulación, dado que seguramente generará polémica dada la confrontación siempre latente entre el principio democrático y la justicia constitucional.

9.2. Carencias formales de la regulación

Por un lado, resulta muy significativa la omisión que el art. 151 CPC hace de la preceptiva citación del presidente/a del Estado, de las Cámaras y de la Asamblea legislativa, para que se pronuncien sobre la consulta, en el plazo de 15 días, establecida por el art. 154 LTCP. A nuestro juicio, tal citación carece por completo de sentido, ya que el propio art. 154 LTCP dispone que el TCP resolverá igualmente dentro del plazo señalado, aunque dicho pronunciamiento no se haya producido. Por otra parte, tal pronunciamiento sólo parecería justificado en el caso de que se tratara de una iniciativa popular, ya que en el caso de una ley aprobada en el Parlamento se debe presuponer el acuerdo de quienes lo presiden. Pero, en definitiva, tampoco se aprecia bien qué puede aportar el pronunciamiento de estas autoridades legislativas frente al juicio de constitucionalidad, máxime si consideramos que los jueces constitucionales están previstos precisamente para controlar al legislativo.

En estas condiciones, cabría interpretar el silencio del CPC como la confirmación de que tal pronunciamiento resulta completamente superfluo, cuando no prescindible, y que se ha quedado reducido a una mera formalidad vacía de contenido y eficacia real.

Por otro lado, puesto que así se ha hecho en la regulación de las otras consultas previas de constitucionalidad, hubiera sido deseable que se confirmaran también aquí los plazos establecidos por el art. 154 LTCP (las 24 horas para la admisión y los 15 días para el pronunciamiento de las autoridades ya mencionadas) y el establecido por el art. 155 LTCP (30 días para emitir resolución por parte del TCP).

CAPÍTULO VIII

EL CONTROL POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA BOLIVIANO

1. EL CONTROL POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad posterior es “un conjunto de procedimientos judiciales, políticos, de control y administrativos, destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes de los de la comunidad”³²⁷.

Para Efraín Polo Bernal,³²⁸ es “la protección integrada por instrumentos jurídicos y procesales, establecidos, tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr su desarrollo de acuerdo a la

³²⁷ RIVERA SANTIVAÑEZ, J., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., 270; GABALDON LÓPEZ, J., *La Cuestión de inconstitucionalidad...*, cit., p. 463 -508; VARGAS LIMA, A., *Reflexiones Críticas a la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional...*, cit., p. 9; DE STEFANO, J.S., “El control de constitucionalidad...”, cit., p. 43; HETERS, J.C., “El Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La Jurisdicción Constitucional en Bolivia: La Ley N.º 1836, del 1.” de abril de 1998, del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998*, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 72.

³²⁸ POLO BERNAL, E., *Manual de derecho constitucional*. México: Porrúa, 1985, p. 24.

realidad político-social y a los preceptos programáticos de la propia Carta Fundamental”.

Por su parte, Pierre Avril y Jean Gicquel,³²⁹ definen el control de constitucionalidad posterior como “el conjunto de medios jurídicos o políticos puesto en funcionamiento para asegurar la regularidad de las normas jurídicas al cotejarlas con la Constitución”.

En definitiva, el control de constitucionalidad posterior es un mecanismo que involucra elementos jurídicos y políticos, mediante el cual se asegura que el contenido de las normas jurídicas del sistema sea conforme a los postulados, valores y mandatos contenidos en el Ordenamiento Superior, constituyéndose así un límite al poder público del Estado y configurándose el principio de la supremacía constitucional, generador de la legalidad y la seguridad jurídica.³³⁰

En efecto, el control posterior de constitucionalidad se ejerce inmediatamente después de la aprobación de la ley y, por ende, cuando la polémica aún está instalada en la sociedad. En este sentido, Cossio indica que al ser la pluralidad política uno de los signos de nuestro tiempo, ésta habrá de traducirse en la creciente fragmentación de los órganos del Estado. Esta fragmentación y de los órganos del Estado trae consecuencias políticas, jurídicas y sociales que no se pueden desconocer. En primer lugar, se actualiza en una mayor cantidad de conflictos entre órganos de un mismo orden normativo; en segundo lugar, se requieren formas más complejas para solucionar los potenciales conflictos o acuerdos entre los órganos de un mismo orden jurídico; en tercer lugar, se suscitan más conflictos entre diversos órganos jurídicos o en el interior de los propios órganos; y en cuarto lugar, se requiere de mejores estudios para llegar a la comprensión

³²⁹ AVRIL, P - GICQUEL, J., *Lexique du droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1994; TOBO RODRÍGUEZ, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 2 ed. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1990, p. 143.

³³⁰ REAL GUERRERO R., *El control de constitucionalidad sobre las interpretaciones judiciales*, Universidad Pontificia Javeriana, Departamento de Derecho Público, Bogotá, 2006, p. 34

de los acuerdos necesarios para que diversos órdenes jurídicos puedan arribar a cierto tipo de alianza³³¹.

Por ende, ante una realidad política que se sustancia en gobiernos divididos, es decir, con poderes ejecutivos en manos de un partido político y poderes legislativos en manos de otros; el orden jurídico se ha vuelto altamente complejo y sofisticado en materia de constitucionalidad, puesto que el pluralismo político exige la actualización de muchos de los mecanismos ya que estamos en presencia de un modelo de democracia constitucional y no meramente representativa. En conclusión, los arreglos políticos y acuerdos entre los diferentes partidos, los legisladores y los miembros del Poder Ejecutivo, deberán ser fundamentales y mantenerse de modo consistente, pues de no ser así existe la posibilidad de que cualquiera pueda cuestionar la constitucionalidad de una norma y paralizar de facto la acción del Poder Legislativo.

El sistema constitucional boliviano contempla fundamentalmente el control posterior de constitucionalidad, por lo que se configura como un sistema mixto.

La tarea del Control posterior de Constitucionalidad ha sido asignada tanto al Tribunal Constitucional Plurinacional como al resto de tribunales ordinarios, en cuanto que organismos jurisdiccionales de carácter técnico-jurídico, cuya actividad se desarrolla a través del conocimiento y substanciación de las acciones, demandas y recursos planteados por quienes están legitimados para ello por la Constitución y la Ley.

En lo que respecta a los mecanismos procesales, a continuación analizaremos el mecanismo de acción directa y el incidente o excepción, susceptible de ser promovido ante la jurisdicción ordinaria. Ambos tienen el doble carácter formal y material, es decir, en ambos pueden apreciarse tanto las infracciones constitucionales de fondo como las de procedimiento para fundar una declaración de inconstitucionalidad. No obstante, la

³³¹ COSSIO, J.R: "Gobiernos divididos y control de constitucionalidad", *Este País*, n°. 116, Noviembre de 2002.

impugnación se refiere sólo a aquellos preceptos concretos que vulneran la Constitución y no a la Ley entera donde se contienen, aunque el TCP puede extender su pronunciamiento a otros preceptos que sean conexos o consecuencia de los impugnados. Como también veremos, en el “recurso de inconstitucionalidad” se verifica un enjuiciamiento *abstracto* de la norma, en el cual se declara la nulidad del precepto *erga omnes*; en la “cuestión de inconstitucionalidad” se trata de un enjuiciamiento *concreto* de la norma para el caso en el que es aplicable, pero que, además de vincular a las partes y al tribunal ordinario, resuelve también sobre la validez de aquélla.

La Constitución Política del Estado, en su Título III establece el órgano de control constitucional con la denominación de Tribunal Constitucional Plurinacional, señalando en su Artículo 178. I CPE: “La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”. En su párrafo II señala: “Constituyen garantías de la independencia judicial: 1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial. 2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales”.

Por su parte, el Artículo 179 CPE señala: “I. 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; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional”.

No obstante, el Art. 410.II CPE, ratifica el sistema de *control constitucional difuso* cuando determina que: “la Constitución Política del Estado es la ley Suprema del

ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicaran con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras disposiciones”; con la excepción del Art. 256.I CPE, al establecer que: “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 aplicaran de manera preferente sobre esta. Por lo que todo juez o tribunal medio o superior tienen la obligación de aplicar la constitución, al resolver un proceso judicial que llegue a su conocimiento, en aquellos casos que se presente una contradicción de la norma legal aplicada a los mismos, con las normas de la Ley Suprema, lo cual corresponde a un control constitucional y se asemeja al modelo Norteamericano o de revisión judicial”.

También los juzgados y tribunales ordinarios ejercen el control de constitucionalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, conociendo los recursos de Acción de Amparo Constitucional (Art. 128 CPE), Acción de Libertad (*hábeas corpus*) (Art. 125 CPE), Acción de protección de privacidad (*hábeas data*) (Art. 130.I CPE), Acción de Inconstitucionalidad (Art. 132 CPE), Acción de cumplimiento (Art. 134 CPE) y Acción Popular (Art.135 CPE). Analizaremos, a continuación, de modo específico cada uno de estos mecanismos y el modo en el que han sido implementados en la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Siguiendo a Vargas Lima, podemos diferenciar dentro del control posterior de constitucionalidad tres clases de procedimientos, a saber: el control posterior *normativo* de constitucionalidad, el control *político* y el control de *respeto a los derechos fundamentales*.³³² Veamos cómo se han concretado cada uno de ellos en el actual sistema boliviano.

³³² VARGAS LIMA A.E., “Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional”, cit., p. 238.

1.1. Control constitucional normativo

Esta forma de control de constitucionalidad es realizada con posterioridad a la sanción y promulgación de la disposición legal respectiva, en aquellos casos en los que presenten eventualmente una contradicción o incompatibilidad con las normas de la Constitución Política del Estado. El TCP, como órgano jurisdiccional del control de constitucionalidad, lo ejerce al momento de conocer y resolver:

- a. Las acciones de inconstitucionalidad directas o de carácter abstracto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 1ra., del art. 12 LTCP);
- b. las acciones de inconstitucionalidad indirectas o de carácter concreto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 2da.);
- c. los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones, creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado (atribución 5ta.);
- d. los recursos contra las resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas (atribución 6ta.);
- e. la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado (atribución 10ma.).

1.2. Control sobre el ejercicio del Poder Político

Es un control que tiene por objeto establecer un equilibrio en el ejercicio del poder político, resolviendo los conflictos constitucionales referidos al ámbito de las competencias asignadas por la Constitución a los distintos órganos del poder público, y a las nuevas entidades territoriales autónomas. El TCP cumple esta función conociendo y resolviendo:

- a) Los conflictos de competencia que pudiesen suscitarse entre los órganos del poder público (atribución 3ra., del art. 12 de la Ley del TCP);
- b) los conflictos de competencia entre el gobierno plurinacional (central), las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y de éstas entre sí (atribución 4ta.);
- c) los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental (atribución 11ava.);
- d) los recursos directos de nulidad que proceden contra todo acto o resolución de autoridad pública que usurpe funciones que no le competen, así como contra los actos de la autoridad pública que ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la Ley (atribución 13ava., del art. 12 de la Ley del TCP).

1.3. Control sobre el respeto y vigencia de los Derechos Fundamentales

Este control tiene la finalidad de resguardar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que operan como límites al ejercicio del poder público del Estado.

El TCP ejerce este control a través del conocimiento y resolución de la revisión de las resoluciones emitidas a la conclusión de la sustanciación de la Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad, *Acción Popular* y *Acción de Cumplimiento*. (art. 12.7 LTCP). Asimismo, se debe hacer notar que el texto del artículo 7º, bajo el *nomen juris* de “Justicia Constitucional” (léase Jurisdicción Constitucional), ciertamente establece que la misma emana del pueblo, siendo además única en todo el territorio boliviano, pero se encuentra injustificadamente aislado del artículo 2º citado anteriormente, por lo que hubiera sido adecuado reunir ambos textos en un solo artículo para complementar el sentido preciso y alcance exacto sobre la finalidad que persigue la Jurisdicción Constitucional en Bolivia, en atención a la precisión terminológica expuesta anteriormente, y que debe sumarse a la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Agroambiental, y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, que han alcanzado ya un justo reconocimiento constitucional, aspecto que era indispensable para el mejoramiento de la administración de justicia en Bolivia.

2. EL CONTROL CORRECTIVO DE TIPO NORMATIVO. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Art. 101 LTCP dispone que las acciones de inconstitucionalidad proceden como:

2. *Acción de Inconstitucionalidad de carácter Abstracto.*

3. *Acción de Inconstitucionalidad de carácter Concreto vinculada a un proceso judicial o administrativo.*

Por su parte, el Art. 102 LTCP previene que será competente para conocer y resolver las Acciones de Inconstitucionalidad, en única instancia, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional.

2.1. Acción de inconstitucionalidad abstracta

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales de activación del control de constitucionalidad, éste se ejerce mediante los denominados: control directo y control indirecto; es decir, por vía de acción procesal o por vía de incidente o excepción.³³³

En el primer modelo, es decir en el que se ejerce por medio de una acción legal de tipo jurisdiccional, el control se articula a través de un verdadero proceso, pudiendo estar la legitimación activa restringida a ciertos sujetos procesales. La finalidad de esta acción consiste en que el precepto o normativa que se impugna pueda ser anulada con efecto general «*erga omnes*». Este es el caso de la acción de *inconstitucionalidad abstracta* planteada por el sistema boliviano.

El Art. 103 de la Ley 027 es el que describe la *Acción de Inconstitucionalidad Abstracta* disponiendo que procederá contra toda ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales de carácter normativo que puedan resultar contrarias a la Constitución Política del Estado.

El Art. 104 LTCP determina los sujetos legitimados para interponer la Acción:

1. *La Presidenta o el Presidente del Estado Plurinacional.*

³³³ GABALDON LÓPEZ, J., *La Cuestión de inconstitucionalidad...*, cit., p. 489.

2. *Cualquier Senadora, Senador, Diputada o Diputado.*
3. *Legisladoras y Legisladores de las entidades territoriales autónomas.*
4. *Máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas; y*
5. *La Defensora o el Defensor del Pueblo.*

El Art. 105 LTCP establece los requisitos que debe verificar la Comisión de Admisión una vez presentada la Acción:

1. *Que se hubiere acreditado la personería de la autoridad accionante y, en su caso, el poder suficiente de su representante.*
2. *Que se hubiere precisado la norma constitucional que se entiende infringida.*

El Art. 106 LTCP dispone que, admitida la Acción, se pondrá en conocimiento del representante legal del órgano o de las entidades territoriales autónomas que generaron la ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, a efecto de su apersonamiento para formular informe del caso, en el plazo de quince días. Con o sin este informe, el Tribunal Constitucional Plurinacional dictará sentencia dentro de los treinta días siguientes.

De acuerdo con el art. 107.1 LTCP:

1. *La sentencia declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, en todo o en parte.*
2. *La sentencia que declare la inconstitucionalidad total de la norma legal impugnada, tendrá efecto abrogatorio de ella.*

3. *La sentencia que declare la inconstitucionalidad parcial de la norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los artículos sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.*
4. *La sentencia podrá declarar la inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada, con los mismos efectos que en lo principal.*
5. *La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella.*

Finalmente, el Art. 108 LTCP establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional podrá conocer de forma conexa normas contrarias a la Constitución Política del Estado, directamente vinculadas con la norma objeto de control de constitucionalidad.

Por su parte, el *Código Procesal Constitucional*, amplía y precisa esta regulación con las siguientes disposiciones:

Se reitera innecesariamente, en el art. 74 CPC, la legitimación de la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o el Defensor del Pueblo.

El Artículo 75 CPC (Prohibición de inadmisión por forma), precisa que: “Las Acciones de Inconstitucionalidad de carácter abstracto no podrán ser rechazadas por razones de forma, las que en su caso podrán ser subsanadas en el plazo que establezca el Tribunal. De no subsanarse en el plazo establecido por el Tribunal Constitucional Plurinacional se tendrá por no presentada la acción”.

El Artículo 76 CPC detalla el procedimiento y los plazos:

- I. *Admitida la acción, la Comisión de Admisión ordenará se ponga en conocimiento de la autoridad u Órgano emisor de la norma impugnada, para que en el plazo de quince días se apersona y presente el informe que corresponda.*
- II. *Cumplido el plazo, con o sin informe se procederá inmediatamente al sorteo, debiendo el Tribunal Constitucional Plurinacional emitir la sentencia correspondiente dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.*

El Artículo 77 CPC, que en buena técnica legislativa debería haber figurado como uno de los párrafos del artículo siguiente, establece una acertada cautela sobre el fundamento de la sentencia de inconstitucionalidad, imponiendo al TCP el deber de sustentar dicha resolución “en la vulneración de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en la Acción interpuesta”.

El Artículo 78 CPC establece los efectos de la sentencia, sea cual sea el sentido de la misma, determinado el *efecto constitucional* de *cosa juzgada* y su *vinculatoriedad* para todos los actores jurídicos y legislativos:

- I. *La sentencia podrá declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial.*
- II. *La sentencia que declare:*
 1. *La constitucionalidad de una norma contenida en una Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial, hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados.*

2. *La inconstitucionalidad de una norma tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general.*
3. *La inconstitucionalidad total de una norma legal impugnada tendrá efecto abrogatorio sobre ella.*
4. *La inconstitucionalidad parcial de una norma legal impugnada tendrá efecto derogatorio de los Artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes.*
5. *La inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada que deberán ser referidos de forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal.*

2.2. Acción de inconstitucionalidad concreta

El segundo modelo de control correctivo al que habíamos aludido es el que se ejerce mediante el mecanismo procesal de incidente o excepción; es decir, el que se plantea en el procedimiento ordinario de aplicación de la Ley que se tilda de inconstitucional. En ese procedimiento, una de las partes puede plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* como excepción, pidiendo que la Ley no se aplique. La ley no será anulada, sino únicamente inaplicada en el caso concreto. Esta decisión de inaplicación puede llevarse a cabo por el propio Tribunal ordinario que está juzgando del caso, o bien puede remitirse el juicio de constitucionalidad a un Tribunal especial.

Este mecanismo procesal, indirecto e incidental, por medio del cual los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden participar en el control de constitucionalidad correctivo sobre las normas, ha sido consagrado en el ordenamiento boliviano a través de la *Acción de Inconstitucionalidad Concreta*.

Así, el Art. 109 de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional dispone que: “La acción de Inconstitucionalidad Concreta procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. Esta acción será promovida por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte”.

En la tramitación de esta acción constitucional los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria intervienen como la parte que lo promueve, de oficio o a instancia de parte, en función de la legitimación activa que le reconoce el Art. 109 de la ley 027. Esto significa que, si el juez o tribunal judicial tiene duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, sobre cuya base debe fundar sentencia en el proceso que conoce y tramita, deberá promover la *acción de inconstitucionalidad concreta*. En su caso, si cualesquiera de las partes que intervienen en el proceso, solicita de manera expresa y fundamentada que se promueva el recurso, el juez o tribunal, debe imprimir el trámite de rigor y pronunciarse aceptando o rechazando la solicitud; en el primer caso deberá promover y en el segundo remitir en consulta su decisión denegatoria.³³⁴

Por consiguiente, para tomar la decisión de promover la acción de inconstitucionalidad concreta, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deberán realizar un primer análisis o juicio de constitucionalidad para decidir si procede, o no, promover la acción. En consecuencia, al serles conferida esta potestad, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria intervienen de manera indirecta en el control y saneamiento objetivo del ordenamiento jurídico del Estado (velar por el respeto al principio de la supremacía constitucional).³³⁵

³³⁴ GABALDON LÓPEZ, J., *La Cuestión de inconstitucionalidad...*, cit., p. 492.

³³⁵ *Ibídem.*

Pero veamos cómo funciona más detalladamente este mecanismo de control constitucional correctivo.

Ya hemos apuntado que la *Acción de Inconstitucionalidad Concreta* podrá plantearse en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones *no judiciales* aplicables a aquellos procesos. Ello es así porque, de acuerdo con el Art. 116 LTCP, el Tribunal Constitucional Plurinacional no tiene competencia para conocer y resolver sobre fallos, sentencias, autos y otras resoluciones que dicte el Órgano Judicial a través de sus juezas, jueces y magistrados.

También hemos aludido ya a los sujetos legitimados para interponerla: el juez, tribunal o autoridad administrativa, bien de oficio o bien a instancia de parte. El Artículo 79 del *Código Procesal Constitucional* (CPC) lo precisa del siguiente modo: “Tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción”.

También debemos recordar que dicha Acción podrá ser presentada por una sola vez, en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aun en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia (Art.111 LTCP). Disposición que viene reiterada textualmente en el Art. 81 CPC: “I. La Acción de Inconstitucionalidad Concreta podrá ser presentada por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aún en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoría de la Sentencia. II. En la sustanciación de las acciones constitucionales no se admitirá ninguna Acción de Inconstitucionalidad Concreta.”

De acuerdo con el Art. 110 LTCP, en el contenido de la *Acción Inconstitucionalidad Concreta* deberán figurar tres elementos:

1. *La mención de la ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales cuya inconstitucionalidad se cuestiona, y su vinculación con el derecho que se estima lesionado.*
2. *El precepto constitucional que se considera infringido.*
3. *La fundamentación de la inconstitucionalidad y la relevancia que tendrá la norma legal impugnada en la decisión del proceso.*

Una vez interpuesta la Acción, la jueza, juez, tribunal o autoridad administrativa que conoce la causa correrá en traslado dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que sea contestada dentro del tercer día después de notificada la parte (Art. 112.I, LTCP).

Con respuesta o sin ella, en igual plazo, pronunciará resolución, que podrá tener una doble virtualidad (art. 112.II, LTCP):

1. *Rechazar la Acción si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá la tramitación de la causa. La resolución de rechazo será elevada en consulta de oficio al Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas.*
2. *Admitir la Acción mediante auto motivado, en cuyo caso dispondrá se eleven ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, bajo responsabilidad penal.*

Si la *Acción de Inconstitucionalidad Concreta* es admitida, dicha admisión no suspenderá la tramitación del proceso, que continuará hasta el estado de dictar sentencia o resolución final que corresponda, mientras se pronuncia el Tribunal Constitucional

Plurinacional (Art. 113 LTCP). Previsión textual e innecesariamente reiterada en el Art. 82 CPC.

El Art. 114 LTCP establece el procedimiento que debe seguirse por el TCP, en los supuestos anteriores. En primer lugar, los antecedentes de la Acción enviados por el órgano competente en el que se haya planteado pasarán a la Comisión de Admisión. El TCP deberá pronunciar su sentencia en el plazo máximo de treinta días, bajo responsabilidad penal.

En caso de que el órgano hubiera rechazado el incidente, la Comisión de Admisión del TCP resolverá sobre su procedencia en el plazo de diez días (Art. 114.III, LTCP). En el caso de que hubiera sido admitida la Acción: “se notificará al órgano emisor de la norma impugnada a objeto de presentar informe o alegatos en el plazo de quince días” (art. 114.IV, LTCP).

El Art. 80 CPC, reitera y concreta ulteriormente dicho procedimiento en los siguientes términos:

- II. Una vez solicitado que se promueva la Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto ante la autoridad que conozca del proceso judicial o administrativo, se dispondrá el traslado, si corresponde, dentro de las veinticuatro horas, para que ésta sea respondida en el plazo de tres días a partir de su notificación.*
- III. Con la respuesta o sin ella, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes al vencimiento del plazo, la autoridad decidirá, fundamentadamente, si promueve la Acción de Inconstitucionalidad Concreta.*
- IV. Promovida la acción o no, la autoridad deberá remitir al Tribunal Constitucional Plurinacional su decisión junto con las fotocopias legalizadas de los antecedentes que sean necesarios. En el caso de no promoverse la acción, la remisión al Tribunal Constitucional Plurinacional se realizará a efectos de su revisión por la Comisión de Admisión.*

V. Rechazada la acción por manifiesta improcedencia proseguirá la tramitación de la causa. La resolución de rechazo se elevará en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional, de oficio, en el plazo de veinticuatro horas.

El Código Procesal Constitucional ha ampliado y precisado algo más este procedimiento en su art. 83 CPC:

- I. Recibida la Acción de Inconstitucionalidad Concreta con sus antecedentes, éstos pasarán a la Comisión de Admisión para los fines previstos en el presente Código.*
- II. La decisión de la autoridad judicial o administrativa por la que se rechaza promover la Acción de Inconstitucionalidad Concreta será conocida por la Comisión de Admisión que, en el plazo de diez días, ratificará la decisión de la autoridad, o admitirá la petición de Acción de Inconstitucionalidad Concreta.*
- III. El procedimiento será el mismo que el de la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta.*

El Art. 115 LTCP determina que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en relación con la Acción de Inconstitucionalidad Concreta interpuesta, surtirá los mismos efectos que los determinados para la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta. Y además establece que “*Los funcionarios públicos y personas particulares que estuvieren obligados a cumplir la sentencia y no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público*”. También en esta ocasión, el art. 84 del CPC reproduce de manera superflua e innecesaria dicho precepto, sin ocuparse de precisar las cuestiones formales y procesales para las que fue promulgado; a saber: el modo en que pueda ser verificado o denunciado que dicha sentencia no se cumple, los legitimados para denunciar dicho

incumplimiento, la persona o institución que debe remitir al Ministerio Público la documentación (el órgano que promovió la acción, la parte afectada o el propio TC).

De acuerdo con el Art. 117 LTCP, una vez dictada la sentencia, ésta será notificada inmediatamente al representante legal del Órgano o de las entidades territoriales autónomas que sancionaron la ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decretos u ordenanzas y resoluciones no judiciales, y a la jueza, juez, o tribunal que desde ese momento quedará sujeto a la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Finalmente, si la Acción de Inconstitucionalidad Concreta fuera declarada infundada, el accionante será pasible al pago de costas procesales, daños y perjuicios a ser calculados en la vía legal que corresponda (Art. 118 LTCP).

2.2.1. Valoración jurídica de la Acción

Como se ha visto, esta Acción sólo puede sustanciarse en los procesos judiciales o administrativos en los cuales, la decisión del órgano competente (que supondrá necesariamente la aplicación de una norma jurídica del sistema: Ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a estos procesos) suscite dudas sobre su constitucionalidad.

Es decir, no estamos ante el cuestionamiento de una norma jurídica “en abstracto”, desde una perspectiva legislativa (desde la óptica del momento creativo del derecho), para el que ya se ha previsto un mecanismo específico que ya tiene en cuenta el señalado conflicto entre los dos principios fundamentales del sistema: *legalidad* (como ejercicio de la soberanía) y *constitucionalidad* (como ejercicio del control de supremacía de la Constitución). Estamos ante el cuestionamiento de una norma jurídica “en concreto”; es decir, ante el cuestionamiento de su momento *interpretativo y aplicativo* a un caso

concreto, del cual se pudiera deducir una previsible lesión de algún principio, valor o derecho constitucional específico. Resulta fundamental esta distinción porque constituye la clave justificativa de esta Acción, que resulta exigible en el contexto máximamente garantista del Estado constitucional.

En congruencia con su naturaleza (el control de constitucionalidad en el momento aplicativo, más allá del momento creativo), la legitimación para promover dicha acción ante el TCP sólo puede corresponder al órgano al que corresponde realizar la interpretación y aplicación de dicha norma: los jueces, los tribunales ordinarios, los funcionarios públicos o las autoridades ante quienes se sustancia el proceso judicial o trámite administrativo de cuya decisión pueda razonablemente deducirse una posible lesión a los principios, valores o derechos constitucionales. En ese sentido, no sólo procede, sino que resulta exigible que dichos órganos deban promover de oficio dicha Acción, toda vez que pudieran constatar o prever que de la interpretación y aplicación de dicha norma pudieran derivarse las mencionadas vulneraciones de la Constitución.

Y también, en congruencia con esa singular naturaleza de garantía constitucional en el momento aplicativo de la norma, la legitimación para solicitar que se promueva dicha acción debe necesariamente corresponder a todas las personas, naturales o jurídicas, que intervienen como partes en los procesos judiciales o trámites administrativos en los que deba aplicarse la norma legal impugnada, en la medida en que estos puedan justificar razonablemente que existe una posible interpretación y aplicación de esa norma que conllevaría una lesión de valores, principios o derechos constitucionales. De ahí las tres oportunas exigencias del Art. 110 LTCP para que la Acción pueda ser considerada:

1. *Especificación de la norma cuya inconstitucionalidad se cuestiona, y su vinculación con el principio, valor o derecho que se estima lesionado.*
2. *El precepto constitucional que se considera infringido.*

3. La fundamentación de la inconstitucionalidad y la relevancia que tendrá la norma legal impugnada en la decisión del proceso.

2.2.2. Funcionamiento procesal de la Acción

El funcionamiento procesal de la Acción requiere necesariamente de dos fases. Una primera fase, tiene lógicamente que sustanciarse ante el órgano que debe aplicar la norma, el cual debe decidir si promueve o no la Acción, ya sea de oficio o bien a petición expresa de parte.

Si es el juez, tribunal judicial o autoridad administrativa, quien decide promover la Acción de oficio, esto supone que alberga una duda fundada sobre la inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución, en virtud de la cual debe dictar sentencia o resolución. En tal caso, deberá dictar un auto motivado y debidamente fundamentado señalando con precisión los tres requisitos exigidos por el art. 110 LTCP: la norma legal sobre cuya constitucionalidad tiene dudas; las razones por las que supone puede ser inconstitucional y el precepto constitucional que se considera vulnerado. Deberá explicar y justificar adecuadamente también, en qué medida la decisión final del proceso judicial o administrativo depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Una vez dictado el auto y puesto en conocimiento de las partes, el órgano en cuestión remitirá los antecedentes del caso al Tribunal Constitucional cumpliendo con lo establecido en los arts. 110 y 112 LTCP. Pero ni siquiera en este caso, el órgano aplicador podrá interrumpir el proceso en curso. Al contrario, éste deberá seguir su curso hasta tanto el TCP no haya emitido resolución al respecto (art. 113 LTCP). Resolución que deberá emitirse en el plazo máximo de 30 días (art. 114 LTCP). Esta disposición resulta también muy congruente con el exigible respeto a la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas jurídicas en el Estado Constitucional y que

supone una derivación aplicativa del respeto a la soberanía popular y al poder legislativo que sólo puede cuestionarse directamente desde el control constitucional pero no desde el poder judicial, cuyo control es únicamente indirecto.

En el caso de que sea una de las partes que intervienen en el proceso judicial o administrativo las que cuestionen la constitucionalidad de la aplicación de una norma, entonces debe solicitar al juez, tribunal o autoridad administrativa, que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, y para ello deberá justificar y precisar ante dicho órgano los mismos tres elementos que ya hemos señalado: norma aplicable, razones de su inconstitucionalidad (previsible daño que se produce a los bienes constitucionales) y precepto o preceptos constitucionales vulnerados.

En congruencia con la salvaguarda de los intereses de las partes en el proceso, la otra parte deberá conocer y valorar las razones aportadas por quien solicita que se promueva la acción de inconstitucionalidad. De ahí que el órgano correspondiente deba notificarla de la solicitud y que en el plazo de los tres días siguientes a esa notificación pueda responder, bien adhiriéndose a la misma o bien pidiendo que se rechace. Transcurrido ese plazo, la autoridad judicial o administrativa, con o sin la respuesta de la otra parte, dictará un auto motivado en el cual, y en virtud de los argumentos aportados, considere que debe admitir la solicitud que le hacen una o ambas partes, o bien, que debe rechazar esta solicitud por considerarla infundada, confirmando indirectamente la constitucionalidad del precepto impugnado y la constitucionalidad de su aplicación.

La virtualidad de este incidente, sea aceptado o rechazado por el órgano ante el cual se interpone, resulta de máxima relevancia porque obliga al TCP a conocer del cuestionamiento en ambos casos. En efecto, si la solicitud se considera fundamentada y se decide promover la Acción de inconstitucionalidad, entonces la autoridad judicial o administrativa deberá lógicamente remitir todos los antecedentes del caso al Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie. Y deberá hacerlo dentro de las 48 horas siguientes, bajo responsabilidad penal (art. 112.II LTCP). En tal caso, y como ya hemos

apuntado, la admisión de la Acción de Inconstitucionalidad concreta no suspende la tramitación del proceso, que deberá continuar hasta el estado de dictar la sentencia o resolución final que corresponda, mientras se pronuncia el Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 113 LTCP). El TCP deberá pronunciarse en un plazo máximo de 30 días (art. 114.II, LTCP).

Pero si la autoridad judicial o administrativa rechaza la solicitud presentada por alguna de las partes (o por ambas), también en este caso tiene obligación de remitir al TCP en el plazo de 24 horas la resolución desestimatoria para que éste pueda controlar si existe fundamento o justificación suficiente para dicho rechazo. En otras palabras, se está estableciendo aquí un procedimiento super-reforzado, una garantía extraordinaria en la salvaguarda de la supremacía constitucional, dado que el cuestionamiento de la constitucionalidad en la aplicación de una norma, suscitado por un ciudadano en el contexto de un proceso, requiere en todo caso del control del TCP, por encima del pronunciamiento del órgano judicial o administrativo competente. En este sentido, debe alabarse dicha garantía y considerarse como una consecuencia excelente del sistema garantista propio del Estado constitucional. Sobre el auto de rechazo del incidente, el TCP debe pronunciarse en el plazo de 10 días (art. 114.III, LTCP).

La segunda fase del proceso es la que se tiene lugar ante el Tribunal Constitucional de conformidad con el Art. 114 de la LTCP, en virtud del cual, recibidos los antecedentes de la acción de inconstitucionalidad, estos pasarán a la Comisión de Admisión para que el TCP pronuncie sentencia en el plazo máximo de treinta días bajo responsabilidad penal. Ni la Ley 027 ni el CPC dicen nada sobre posibles errores de forma en la documentación remitida y el modo en que estos deban ser subsanados, sin determinar plazos y procedimientos al efecto. Tampoco se dice nada respecto a cómo se remitirán los antecedentes de la Comisión de Admisión al Tribunal Constitucional para su resolución, ni mucho menos con respecto al sorteo respectivo.

Pero más allá de estas lagunas formales, que seguramente se acabarán colmando con la praxis del propio TCP, y de los plazos establecidos para cada modalidad de pronunciamiento, existen tres cuestiones relevantes en esta fase.

En primer lugar, resulta muy singular y algo desconcertante la imposición de responsabilidad penal que recae sobre el TCP en el caso de que no cumpla con el plazo de 30 días establecido para pronunciarse (art. 114.II, LTCP), ya que no existe en el ordenamiento penal ningún tipo delictivo que sancione dicha omisión. Y máxime cuando es constatable en la dinámica de estos órganos un inevitable acumulación exponencial de procesos que genera enormes retrasos en sus resoluciones. ¿Cómo se pretende aplicar esta pena? ¿Qué sucedería si se incurriera en ella? ¿Se inhabilitaría a todos los miembros del TCP paralizando su acción hasta tanto no se eligiera un nuevo TCP? ¿Se trata de una simple sanción pecuniaria?

Como puede verse, resulta urgente precisar este extremo. Aunque resulta muy discutible su aplicación efectiva, puesto que siempre debe prevalecer el principio de una justa y motivada resolución, sobre el criterio del plazo. Si bien es cierto que los procesos no pueden dilatarse indefinidamente puesto que la justicia quedaría muy quebrantada, a ningún órgano judicial se le puede imponer un plazo improrrogable (bajo amenaza de sanción) para dictar resoluciones, puesto que se estaría cuestionando la libertad y autonomía del juzgador en cuanto a la apreciación de los elementos del proceso (que puede ser muy complejo) y en cuanto a la deliberación necesaria para motivar y fundamentar su resolución. Además de olvidar la necesaria atención que el TCP deba prestar a recursos o acciones suscitadas con anterioridad.

En segundo lugar, está la resolución que el TCP debe emitir, en el plazo de 10 días, sobre el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por parte de la autoridad judicial o administrativa, y que le ha sido remitido por ésta. La confusa y deficiente redacción del art. 114.III LTCP, ha resultado clarificada en parte por el art. 83.II CPC, en el sentido de que el TCP, al examinar el auto de rechazo del incidente del órgano

correspondiente, puede confirmar dicho rechazo o puede entender que dicho auto no está fundamentado y, en tal caso, aceptar la petición de Acción de inconstitucionalidad, con lo cual, a partir de ese momento, se inicia el procedimiento y comienzan a discurrir los plazos. Lo que no queda claro en este último caso, es cómo el TCP puede tomar esta decisión tan sólo teniendo a la vista el auto de rechazo del incidente y sin haber examinado la documentación completa del caso. Parece lógico pensar que dicho auto habrá privilegiado en su relato y en el razonamiento y justificación de su decisión, fundamentalmente los elementos que considere relevantes para desestimar la solicitud. De ahí que resultaría mucho más lógico haber aludido a posibles dudas del TCP sobre la fundamentación del auto de rechazo y haber establecido una petición de toda la documentación órgano correspondiente (la misma que se debe remitir al TCP en caso de admitir el incidente) a fin de determinar si procede iniciar la Acción o no.

En tercer lugar, está el contenido propio de la resolución del TCP pronunciándose sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución cuya aplicación se impugna. A tal fin, y con carácter previo, el TCP está obligado a notificar y solicitar las alegaciones que considere pertinentes del órgano que produjo dicha norma, que deberá remitirlas en el plazo de 15 días (art. 114.IV, LTCP).

En el caso de que se establezca la constitucionalidad de la norma impugnada (se desestime la Acción), ya no podrá plantearse una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma, invocando las mismas causales y fundamentos jurídico-constitucionales. Y en ese caso, dado que la pretensión de inconstitucionalidad resultó infundada, el TCP puede establecer el pago de costas y de los daños y perjuicios que se hubieran podido causar, a la parte que suscitó el incidente (art. 118 LTCP). También este aspecto requiere de muchos matices y no resulta fácil su comprensión ni su aplicación.

En efecto, si el TCP ha llegado a pronunciarse en sentencia sobre una norma, es porque la Acción en la que se ha cuestionado su inconstitucionalidad ha sido

considerada razonable y justificada por dos instancias sucesivas: la autoridad judicial o administrativa que recibió y valoró el incidente suscitado por una de las partes (o por ambas) y la propia Comisión de Admisión del TCP, que podría teóricamente no admitirla por manifiestamente injustificada (esa es la función de esta instancia). Y siendo esto así, ¿cuál es el fundamento para imponer costas a las partes, cuando su pretensión ha sido previamente avalada por ambas instancias institucionales? ¿Cuál es el fundamento para sancionar a las partes y no al órgano judicial o administrativo que la tramitó? ¿Y por qué sólo cabe imponer costas en el caso de que se suscite el incidente por las partes de un proceso y no en el caso de que sustancie de oficio por la autoridad judicial o administrativa? No resulta fácil ofrecer una explicación o respuesta coherente a estas cuestiones.

La parte relevante y sustancial de esta fase se produce, lógicamente, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución que se impugna mediante la Acción; es decir, cuando se establezca que la norma vulnera o contradice alguna de las disposiciones de la Constitución Política del Estado. En este caso, la sentencia será notificada inmediatamente al representante legal del Órgano o de las entidades territoriales autónomas que sancionaron la norma (ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decretos u ordenanzas y resoluciones no judiciales), y a la autoridad judicial o administrativa que entiende del proceso en cuestión, para que desde ese mismo momento se aplique lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 117 LTCP).

La resolución, como hemos dicho, podrá declarar la inconstitucionalidad parcial o total de la norma legal impugnada. En el primer caso, la resolución tendrá efecto derogatorio de los artículos sobre los que recaiga la declaración de inconstitucionalidad debiendo seguir vigentes los demás artículos. En el segundo caso tendrá efecto abrogatorio sobre toda la norma legal impugnada. En dicha resolución, el Tribunal Constitucional podrá también declarar la inconstitucionalidad de otras normas conexas o

concordantes con la norma legal impugnada, con los mismos efectos descritos anteriormente.

En efecto, como ya hemos reiterado en capítulos anteriores, las resoluciones del TCP son fuente de Derecho y, de inmediato, pasan a formar parte del ordenamiento, tanto si se trata de sentencias declarativas o interpretativas de los preceptos constitucionales, como si se trata de sentencias relativas a preceptos de rango legal, como es el caso. Y siendo éste el caso, la sentencia del TCP deberá incluir necesariamente criterios claros sobre la norma impugnada a los cuales pueda acogerse con claridad el órgano que entiende del proceso. Es decir, el TCP deberá establecer si la norma es inaplicable “en absoluto” por vulnerar directamente la Constitución, en cuyo caso, el proceso deberá cerrarse por derogación de la norma o normas invocadas, y en su caso, volver a plantearse por las partes de acuerdo a otras normas. O bien, el TCP deberá declarar inconstitucional una parte o una determinada interpretación de la norma; en cuyo caso, el proceso podrá seguir descartando esa parte y esa interpretación, pero fundamentado en la parte de la norma no inconstitucional.

Finalmente, cabe añadir que la resolución dictada por el TCP tiene los mismos efectos que la resolución pronunciada en el caso de la Acción de inconstitucionalidad abstracta (art. 115.I LTCP); es decir, sus efectos son «erga omnes», de alcance general para todos.

3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER POLITICO

3.1. Conflictos de competencias entre órganos del poder público

Tomando en cuenta que el nuevo modelo de Estado con relación a la distribución del ejercicio el poder público se configura sobre la base de la separación de funciones y su coordinación entre los diferentes órganos del poder público, es evidente que en medio de este complejo mecanismo de gobernanza se generen varias modalidades o clases de conflictos entre esos niveles, ya sean de conflictos sobre atribuciones constitucionales y conflictos sobre competencias territoriales, pudiendo ser también negativos o positivos.³³⁶

Con relación a estos conflictos es posible que se puedan producir conflictos de competencias y atribuciones entre los órganos del poder público central del Estado, es decir el Órgano Ejecutivo con el Órgano Legislativo, entre este y el Órgano Electoral, o del Órgano Ejecutivo con el Órgano judicial y así sucesivamente. Asimismo, pueden surgir conflictos de competencias territoriales entre el nivel central de gobierno y las entidades territoriales autónomas o viceversa. Siendo también posible que alguno de los órganos públicos de las entidades territoriales autónomas se abstenga de ejercer una competencia que le fuera asignada por la CPE.³³⁷

Para estos casos la CPE en su Art. 202 ha creado la *acción de conflictos de competencia*, asignándole la función de conocerla y resolverla al TCP.

En aplicación de esta disposición constitucional, la LTCP ha introducido las normas procesales que regulan la sustanciación de la mencionada Acción de Conflictos

³³⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 290.

³³⁷ *Ibíd.*, p. 291.

de Competencia, normas consagradas en el Título IV de la LTCP; luego desarrolladas y precisadas por el Título IV del Código Procesal Constitucional.

En síntesis, la regulación propuesta por la LTCP es la siguiente:

El Art. 119.I, LTCP establece el objeto de este control del TCP: aquellos casos en que se susciten conflictos de competencias y atribuciones entre los Órganos del Poder Público respecto del conocimiento de determinado asunto, “cuando no haya sido posible resolverlos en el trámite administrativo previsto por ley”.

Será el Órgano que estime indebidamente asumidas sus atribuciones quien estará legitimado para plantear el conflicto de competencias y atribuciones ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, disponiendo para ello de un plazo de quince días (art. 119.II, LTCP)

El Art. 120.I, LTCP determina otro plazo de quince días para que el otro órgano en conflicto emita respuesta al TCP, una vez que éste le haya remitido la impugnación.

Dentro de los quince días siguientes a la respuesta, el Tribunal Constitucional Plurinacional dictará sentencia dirimitoria y remitirá el proceso al Órgano del Poder Público que declare competente o con atribución. Con esta sentencia serán notificados los titulares de ambos Órganos del Poder Público (art. 120.II, LTCP).

Alternativamente el Tribunal Constitucional Plurinacional podrá declarar en sentencia la incompetencia de los dos Órganos Públicos en conflicto. En este caso, determinará cuál es el Órgano del Poder Público competente y remitirá el proceso a su titular. Con esta sentencia se notificará a los titulares de los cuatro Órganos del Poder Público (art. 120.III, LTCP).

El texto de la Ley presenta deficiencias importantes. En primer lugar, no se prevén normas que regulen la sustanciación de la Acción de Conflictos de Competencia en aquellos casos en los que se produzca un conflicto *negativo* de competencias (cuando ningún órgano asume una competencia que supuestamente se le atribuye). En segundo lugar, la Ley prevé una inadecuada configuración procesal constitucional que desnaturaliza de algún modo la Acción puesto que, por un lado, condiciona su procedencia a un trámite administrativo previo previsto por ley (que no se sustancia en el texto y que no está constitucionalmente previsto); y, por otro lado, reduce el alcance de la decisión del TCP a dirimir el conflicto, restándole la potestad anulatoria (en su caso) del acto, legislación o resolución adoptada por el órgano incompetente³³⁸.

Rivera Santiváñez atribuye estas deficiencias a que no existió una claridad conceptual en el legislador al momento de elaborar la LTC, ya que se trata de una institución absolutamente novedosa en el Derecho Procesal Constitucional boliviano.³³⁹ En consecuencia, como venimos señalando en los anteriores análisis, el CPC ha procurado desarrollar, precisar y colmar las lagunas presentes en el texto de la LTCP.

A este tipo específico de conflicto de competencias, el CPC le dedica el Capítulo I del Título IV, que comprende los arts. 86-91 CPC. En cuanto al objeto (art. 86 CPC) y a la legitimación para plantear la Acción (art. 87 CPC), no aparecen sino algunas precisiones sobre lo ya regulado y establecido en el art. 120 LTCP.

Sin embargo, el art. 88 CPC colma la laguna abierta en la Ley recogiendo el sustanciamiento del trámite administrativo previo, que debe verificarse para que pueda plantearse la Acción. En efecto, “El Órgano que cuestione el ejercicio de una competencia o atribución a otro, el solicitará la revocatoria del acto cuestionado en el

³³⁸ A juicio de RIVERA SANTIVÁÑEZ, la LTCP no supera las deficiencias y limitaciones que presentaba la anterior Ley del TC, que provocó la ineficacia del conocimiento de este tipo de conflictos (cfr. *Ibidem*).

³³⁹ *Ibid.*, pp. 292 -293.

plazo de treinta días desde el conocimiento del acto por parte del demandante” (art. 88.I CPC).

“Si el Órgano requerido rechaza la solicitud o no se manifiesta en el plazo de quince días, el Órgano demandante se encontrará facultado para plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional Plurinacional” (art. 88.II CPC).

Una vez interpuesta la Acción revocatoria ante el TCP, bajo las condiciones de legitimación procesal establecidas por el art. 89 CPC (el representante legal del órgano constitucional afectado, o en el caso de órganos colegiados, previo acuerdo por mayoría simple de sus componentes), el TCP deberá solicitar las pertinentes alegaciones del órgano impugnado (15 días) y emitir resolución en el plazo de 45 días (art. 90 CPC).

La redacción del art. 91 CPC, viene también a colmar la segunda laguna de la LTCP que habíamos señalado, en relación a la declaración de nulidad, en su caso, de los actos que hubieran sido dictados o ejecutados por el órgano incompetente. “La sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional determinará a qué Órgano corresponde la competencia o atribución objeto de la demanda, y en su caso, declarará nulos los actos ejecutados por el Órgano incompetente”.

Por el contrario, el CPC no ha considerado el supuesto, también señalado, de un posible conflicto *negativo* de competencias en este caso. Ciertamente, el art. 87 CPC alude a que dicho conflicto sólo puede plantearse entre órganos de poder político y sólo en el caso de que la CPE “confiera específicamente” una competencia o responsabilidad a un órgano y éste considere que es otro el que la está ejerciendo. En este sentido, puesto que la acción sólo se plantea sobre la constatación de un efectivo ejercicio de la competencia (que resulta inadecuado por no tenerla específicamente atribuida) y bajo la reivindicación de otro órgano (que la reclama para sí por tenerla específicamente atribuida), no cabe contemplar un supuesto de conflicto *negativo*. En efecto, esta variedad de Acción revocatoria tan sólo puede plantearse en sentido positivo; es decir

cuando se ha invadido por un acto positivo la competencia de otro órgano; puesto que de la inacción de cualquier órgano no se puede derivar una invasión de competencia.

En última instancia, cuál es el fundamento último de que no se prevea un posible conflicto negativo; es decir, que no se pueda exigir el ejercicio de una competencia específica no actuada en el caso de órganos políticos. La respuesta sólo puede provenir de la propia naturaleza *política* de estos órganos. En otras palabras, las instancias políticas se mueven y actúan por criterios de oportunidad y prudencia política, a través de los diversos órganos con carácter legislativo y ejecutivo. De manera que la iniciativa de ejercitar competencias por parte de tales órganos corresponde exclusivamente a sus titulares, como depositarios (directos o indirectos) de la soberanía y no puede ser instada a su actuación por ninguna entidad externa, so pena de coaccionar ilegítimamente a dichas instancias. En efecto, la acción del ciudadano en demanda de legislación o acción ejecutiva tiene su cauce político propio a través de la iniciativa legislativa popular o la acción de petición, pero no existe (ni procede) un cauce procesal para instar la acción política de los órganos políticos.

3.2. Conflictos de competencias entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas y conflictos entre éstas últimas

En este caso concreto, el control constitucional se refiere a los conflictos de competencias que pudiesen surgir entre los órganos del gobierno central del Estado y los órganos de los gobiernos de las entidades territoriales autónomas, o entre los propios órganos de gobierno de estas entidades. Establecer normas de resolución de este previsible conflicto resulta muy oportuno dado que la naturaleza plurinacional del Estado exige armonizar una complicada distribución de competencias entre el Estado y las entidades territoriales que la propia CPE no ha acabado de definir con precisión.

Incluso, resulta muy previsible que en el desarrollo legislativo, administrativo o ejecutivo de ambos niveles se presenten frecuentes solapamientos en la regulación de áreas de conflicto sobre las cuales se reclame una competencia exclusiva por parte de ambos. Y también, por supuesto, que exista un extenso periodo de ajuste administrativo en la delimitación de competencias de la entidades territoriales cuando se proyectan sobre cuestiones que afectan a varias de ellas.

En este sentido la LTCP opta por una vía prudencial previa antes de someter la resolución del conflicto a la vía jurisdiccional del TCP. En efecto, el Art. 121 LTCP dispone que los casos en que se susciten conflictos de competencias entre el Gobierno Plurinacional, las Entidades Territoriales Autónomas y entre éstas, respecto del conocimiento de determinado asunto, serán resueltos por el Tribunal Constitucional Plurinacional cuando no haya sido posible por la vía de la conciliación y trámite administrativo previo dispuesto por ley.

La exigencia de acudir, con carácter previo, a la vía de conciliación y trámite administrativo legalmente previsto, remite efectivamente a la *Ley Marco de Autonomías y Descentralización*, que en su Art. 69 prevé que el procedimiento administrativo de la conciliación deberá llevarse a cabo por el servicio Estatal de Autonomías como una instancia previa a la activación de la Acción de Conflicto de Competencias.

A pesar de estas previsiones, señala con acierto Rivera, al igual que ya lo hiciera con respecto a la Acción anterior, que la decisión de someter esta Acción a la condición previa del agotamiento de la vía conciliatoria no es coherente; pues desnaturaliza este proceso constitucional cuya finalidad es preservar el principio fundamental de la separación de funciones sobre el que se configura el ejercicio el poder político del Estado. Cabiendo advertir que las competencias y atribuciones asignadas por la CPE a los diferentes órganos del poder constituido del nivel central y de las Entidades Territoriales Autónomas no pueden ni deben ingresar a un procedimiento de conciliación, sino a una instancia de delimitación del ámbito de las competencias sobre

la base de la interpretación de las normas de la Constitución; por lo que pretender conciliar supone poner en negociación el cumplimiento de la Constitución.³⁴⁰

Por otro lado, también cabe constatar un segundo error, en el sentido de que el legislador hubiese restringido la procedencia de la Acción de Conflictos de Competencia únicamente a aquellos supuestos en los que los conflictos se produzcan respecto del “conocimiento de un determinado asunto”, lo que interpretado en su sentido literal podría dar lugar a que se redujera la procedencia de esta acción a la resolución de casos concretos y no a la determinación de la titularidad de la competencia, lo cual no sería una razonable ni coherente definición y ejercicio del control constitucional.³⁴¹

El Art. 122 LTCP especifica someramente los trámites y plazos que deberán regir para el desarrollo de la Acción revocatoria, y que son paralelos a lo establecido en el supuesto anterior: el TCP, recibido el conflicto de competencias, lo admitirá y correrá en traslado a la otra entidad en conflicto, quien en el plazo de quince días emitirá respuesta.

Dentro de los quince días siguientes a la respuesta, el Tribunal Constitucional Plurinacional dictará sentencia dirimitoria y remitirá el proceso al gobierno o entidad que declare competente. Con esta sentencia serán notificados los titulares de ambas entidades (art. 122.II LTCP).

Se reconoce la facultad del Tribunal Constitucional Plurinacional para declarar también la incompetencia de todos cuantos estuvieran en conflicto. En ese caso, determinará quién es el competente y remitirá el proceso a su titular (art. 122.III LTCP).

Finalmente, en virtud del Art. 123 LTCP, durante la sustanciación del procedimiento dirimitorio, el trámite de la causa principal se suspenderá, no siendo posible acto alguno, bajo sanción de nulidad, excepto las medidas cautelares cuya adopción resultare imprescindible.

³⁴⁰ *Ibíd.*, p. 296.

³⁴¹ *Ibíd.*, p. 297.

Las previsiones del CPC en este tipo de conflictos ha resultado enormemente prolija y ha ampliado y precisado en gran medida las escuetas disposiciones de la LTCP. A dicha regulación se dedica el Capítulo II del Título IV, cuya estructura aparece dividida en tres amplias secciones: disposiciones generales (arts. 92-94 CPC), conflictos positivos de competencias (arts. 95-96 CPC) y conflictos negativos de competencias (arts. 97-99 CPC). Veamos cuáles han sido sus principales aportaciones.

En primer lugar, se establece que la causa o el objeto de esta *Acción revocatoria* puede tener un carácter positivo o negativo. “El conflicto de competencias entre el nivel central del Estado y las Entidades Territoriales Autónomas y Descentralizadas, y entre éstas, procederá como conflicto positivo, cuando una de ellas entienda que la otra ejerce una determinada competencia que no le corresponde de acuerdo a la Constitución Política del Estado o la Ley” (art. 92.I CPC). “Asimismo, procederá como conflicto negativo, cuando ninguno de estos Niveles asuma las competencias atribuidas por la Constitución Política del Estado o la Ley” (art. 92.II CPC).

Al respecto, “se entenderá por leyes en materia autonómica aquella legislación del Estado o de las Entidades Territoriales Autónomas que asignen, desarrollen o regulen competencias en el marco de la Tercera Parte, Título I, Capítulo Octavo de la Constitución Política del Estado” (art. 93 CPC).

Las cuestiones relativas a la legitimación activa y pasiva sobre estos conflictos vienen establecidas en el art. 94 CPC:

1. La Asamblea Legislativa Plurinacional y los Órganos Deliberativos de las Entidades Territoriales Autónomas y Descentralizadas, cuando el conflicto se formule sobre competencias legislativas.
2. El Gobierno y los Órganos Ejecutivos de las Entidades Territoriales Autónomas, cuando el conflicto se formule sobre competencias reglamentarias y de ejecución.

3. Las autoridades de las Autonomías Indígenas Originarias Campesinas, cuando el conflicto se formule sobre sus competencias.

Con relación a los *Conflictos Positivos de Competencias*, a los que se dedican los dos artículos que componen la sección segunda de este Capítulo, el CPC los plantea procesalmente como si se tratara de una *Acción de inconstitucionalidad concreta*, cuya inconstitucionalidad provendría de asumir una competencia constitucional que no se ostenta, lo que supone, lógicamente contravenir la Constitución. Pero difiere en el procedimiento establecido. En efecto, dicho procedimiento prevé un previo *requerimiento de incompetencia* por parte de la autoridad que reclama la competencia (con la especificación del acto, del vicio de competencia y de los preceptos constitucionales pertinentes) al órgano que puede haberla ejercitado indebidamente. Y sólo ante la respuesta negativa o el silencio de este órgano cumplido el plazo, procede la interposición ante el TCP del conflicto de competencias.

En ese sentido, el art. 95 CPC establece lo siguiente:

- I. *La autoridad o autoridades que se consideren afectadas requerirán al Órgano correspondiente, que el acto cuestionado sea derogado o declarado nulo.*
- II. *El requerimiento de incompetencia se formulará dentro de los veinte días siguientes al conocimiento del acto por parte de la autoridad o autoridades que se consideren afectadas, dirigido a la persona representante del Órgano correspondiente.*
- III. *En el requerimiento se precisarán los preceptos de la disposición o los puntos concretos de la resolución o acto viciados de incompetencia, así como las disposiciones legales o constitucionales que se consideren vulneradas.*
- IV. *El Órgano correspondiente resolverá en forma motivada el requerimiento dentro de los siete días siguientes a su recepción, aceptando o rechazándolo, sin recurso posterior.*

V. *Una vez notificado el rechazo del requerimiento, o vencido el plazo anterior sin que se hubiera emitido resolución, la autoridad que se considere afectada podrá interponer, en el plazo de quince días, la demanda de conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.*

El CPC no ha especificado más en esta sección con relación al procedimiento que debe seguirse ante el TCP, y ha optado por hacerlo en el art. 99 CPC, ubicado en la sección tercera, estableciendo un procedimiento conjunto para ambas modalidades de conflicto de competencias (negativo y positivo). En una correcta técnica legislativa hubiera sido deseable especificar el procedimiento ante el TCP dentro de la regulación para cada tipo de conflicto (en especial por la singularidad del conflicto negativo y sus diversos actores, autoridades y personas físicas o jurídicas). También podría haberse establecido una *sección cuarta* dedicada a delimitar ambos procedimientos, o en última instancia, incluir estas previsiones conjuntas dentro de las disposiciones generales. No obstante, el legislador ha optado por hacerlo así y con ello ha generado bastantes lagunas e indefiniciones que más adelante analizaremos.

Como consecuencia de esta opción, en las previsiones establecidas en ese art. 99 CPC (común para ambos tipos de conflicto), el legislador se ha visto obligado a repetir lo ya dispuesto para el caso de conflicto positivo de competencias por el art. 96 CPC: “La autoridad demandante podrá solicitar se disponga como medida cautelar la suspensión de competencia de la autoridad demandada. El Tribunal Constitucional Plurinacional tomará una decisión al respecto en el plazo no mayor de cinco días después de admitida la demanda”.

Lo más representativo y novedoso de este capítulo corresponde, sin duda, a las previsiones de la sección tercera relativas a los *Conflictos negativos de competencias*. En este supuesto conflictual se prevén dos posibles modalidades: el denominado ‘*procedimiento previo*’, que se suscita por parte de aquellas *autoridades* que se

consideren afectadas por la no actuación de una competencia constitucional o legalmente atribuida a alguien (art. 97 CPC) y el denominado '*procedimiento por declinatoria*' que corresponde a aquellos *ciudadanos* cuya pretensión no sea atendida por declararse incompetente la autoridad a la que se dirigen (art. 98 CPC). En este segundo supuesto se prevé un juego complicado y combinado entre autoridades que se requieren entre sí; pero es finalmente la persona física o jurídica afectada quien resulta legitimada para interponer ante el TCP la demanda de conflicto negativo de competencia, bien contra la autoridad inicial a la que se dirigió, bien contra la que ésta señala competente, o bien contra ambas (la que se declara incompetente y la que ésta señala como competente pero que tampoco admite su competencia).

Con carácter general, la existencia de un control constitucional *negativo*, es decir, basado en la no activación de una competencia por parte de algún órgano del nivel estatal o autonómico, resulta cuando menos muy excepcional. Como ya dijimos cuando se planteó el posible conflicto de competencias entre órganos políticos, la oportunidad de ejercitar una competencia por parte de un órgano o entidad territorial requiere necesariamente de una actuación legislativa o administrativa; de ahí que el conflicto negativo sólo pueda presentarse entre legisladores estatales y autonómicos o entre gobiernos estatales y autonómicos, además de las competencias en caso de autonomías indígenas (art. 94 CPC). Pero en este tipo de actuaciones la prudencia, oportunidad y disponibilidad de medios se convierten en un referente esencial e ineludible de dicha actuación legislativa o administrativa y, por tanto, en una habitual justificación suficiente de la inactividad o del escaso o nulo alcance de la misma.

En otras palabras, y a título de ejemplo, cualquier órgano constitucional en el nivel autonómico puede ser requerido para que ejercite una competencia en el máximo nivel de sus posibilidades, sea cual sea su ámbito (seguridad ciudadana, asistencia social, sanidad, vivienda, menores, infraestructuras, justicia...) y dicho órgano puede legítimamente entender que tal nivel de exigencia no le corresponde por falta de medios, de infraestructura, de presupuesto, etc.; remitiendo la actuación al órgano

correspondiente de nivel superior. Y viceversa. Del mismo modo, el nivel superior puede legítimamente entender que dicha competencia, en el específico caso que se le demanda, radica en el órgano inferior y que es cuestión suya allegar los medios, generar las infraestructuras, obtener el presupuesto, etc. ¿Qué consecuencias tiene esto frente al eventual control *negativo* de constitucionalidad? La consecuencia evidente será, por un lado, el permanente juego de ping-pong entre órganos de diverso nivel cuando se trata de asumir y activar competencias para las que carezcan de los medios suficientes; por otro lado, la sobresaturación del TCP frente a las exigencias legítimas (pero en no pocos casos algo utópicas) de personas físicas o jurídicas en demanda de actuaciones que ningún órgano asumirá como competencias propias en el nivel de intensidad que se les exige.

En definitiva, aunque en un plano teórico, la existencia de este control negativo de constitucionalidad supone un innegable adelanto en la garantía y defensa de la supremacía de la Constitución; en la práctica no parece que vaya a constituir un verdadero instrumento de control sino que tenderá a convertirse, más bien, en una eficaz arma política, pero en un mecanismo demasiado oneroso para el TCP y escasamente eficaz en cuanto a la real consecución de las demandas ciudadanas.

Veamos, en todo caso, cómo se han planteado las dos modalidades de conflicto negativo de competencias en la regulación prevista por el CPC.

El denominado '*procedimiento previo*' viene regulado, en el art. 97 CPC, del siguiente modo:

- I. *La autoridad o autoridades que se consideren afectadas por la falta de ejercicio de una competencia, requerirán al Órgano responsable el ejercicio de la misma.*

- II. *El requerimiento de ejercicio de competencia, se formulará en cualquier momento por parte de la autoridad o autoridades que se consideren afectadas, dirigiéndolo a la persona representante del Órgano correspondiente.*
- III. *En el requerimiento se precisarán las disposiciones constitucionales o legales que se consideren omitidas.*
- IV. *El Órgano correspondiente resolverá en forma motivada el requerimiento dentro de los siete días siguientes a su recepción, aceptando o rechazándolo, sin recurso posterior.*
- V. *Una vez notificado el rechazo del requerimiento, o vencido el plazo anterior sin que se hubiera emitido resolución, la autoridad que se considere afectada podrá interponer, en el plazo de quince días, la demanda de conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.*

Este primer supuesto de *conflicto negativo* está previsto exclusivamente para un ámbito gubernamental, sea de nivel estatal o autonómico (en el más amplio sentido). Es decir, cabe concebir este mecanismo como paralelo al utilizado para el caso *conflicto positivo* de competencias: una autoridad requiere de otra, en un nivel superior o inferior, el ejercicio de una competencia que constitucionalmente le ha sido otorgada. Los órganos que pueden entrar en este tipo de conflicto, de acuerdo con el art. 94 CPC, son: el parlamento nacional y los autonómicos, si se trata de competencias legislativas; y el gobierno nacional y los autonómicos si se trata de competencias reglamentarias o de ejecución. Junto a ello, las peculiaridades respecto a las competencias de las Autonomías indígenas.

El hecho de que esta modalidad de conflicto pueda plantearse ‘en cualquier momento’ introduce un nuevo y grave elemento de incertidumbre. En efecto, ¿a partir de qué momento puede considerarse que un órgano no ha activado una competencia que debería haber activado? Hubiera sido deseable que el CPC concretar más en relación al momento en que esto puede presumirse, estableciendo algún tipo de criterio o presunción que impidiera utilizar este mecanismo como arma política de desgaste y procurando minimizar la previsible saturación del TCP.

El procedimiento, como ya indicamos, resulta paralelo al de conflicto positivo: requerimiento al órgano considerado competente, justificación constitucional del requerimiento y resolución o silencio de dicho órgano. A la vista de lo cual, y si no se acepta expresamente actuar la competencia en el plazo establecido, cabe plantear la demanda ante el TCP.

El segundo supuesto, denominado '*procedimiento por declinatoria*', como ya dijimos, resulta todavía más novedoso y por ello bastante más complejo de regular, razón por la cual las previsiones contenidas en el art. 98 CPC presentan diversas deficiencias. En efecto, sus peculiaridades de este supuesto radican fundamentalmente en tres puntos. En primer lugar, los legitimados son las *personas físicas o jurídicas* que se consideren afectadas por la inacción de un órgano. En segundo lugar, la exigencia de actuación del órgano que se considera incompetente frente al que considera competente. En tercer lugar, la exigencia de haber agotado la vía administrativa.

La regulación prevista por el art. 98 CPC es la siguiente:

- I. El conflicto negativo de competencia por declinatoria procederá cuando la autoridad o autoridades se declaren no competentes para resolver una pretensión solicitada por cualquier persona natural o jurídica, por entender que esta competencia corresponde a otro Órgano. Para iniciar este conflicto negativo de competencia debe haberse agotado la vía administrativa.*
- II. En el conflicto negativo de competencia por declinatoria, la autoridad o autoridades que se consideren sin competencia requerirán al Órgano que entiendan responsable de la competencia para que ésta sea ejercitada. El requerimiento se formulará en el plazo de siete días, a partir de la notificación con el último acto administrativo.*
- III. En el requerimiento se precisarán las disposiciones constitucionales o legales que fundamentan su declinatoria y las razones por las que considera que la*

otra autoridad es la competente. Se resolverá en la forma y plazo señalado en el Artículo anterior.

IV. Una vez notificado el rechazo del requerimiento, o vencido el plazo anterior sin que se hubiera emitido resolución, la persona natural o jurídica que se considere afectada con una u otra resolución, podrá interponer en el plazo de quince días la demanda de conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Como hemos apuntado, las tres peculiaridades de este tipo de conflicto no acaban de concretarse en toda su dimensión en la regulación que acabamos de consignar. Con relación a los sujetos que pueden plantear el recurso, las personas físicas o jurídicas afectadas, resulta de una gran ambigüedad afirmar que lo pueden ser cuando la autoridad a la que dirigen una *pretensión* se declara *no competente* para resolverla y señala a otra autoridad como competente. Dos cuestiones surgen al respecto ¿A qué tipo de *pretensiones* puede afectar esta declaración de incompetencia? Y además: ¿qué sucede si dicha autoridad no señala a otra como competente porque no tiene claro a quién puede corresponder?

A la primera cuestión, y teniendo en cuenta la posterior exigencia de agotar la vía administrativa, parece claro que cabe descartar pretensiones de carácter *legislativo o reglamentario* y sólo puede tratarse de pretensiones o solicitudes de carácter o naturaleza ejecutiva. En efecto, no existe ningún procedimiento administrativo reglado para que una persona física o jurídica pueda exigir de un órgano legislativo autonómico o del Parlamento nacional una determinada legislación o reglamento en un área específica. En tal caso, ¿cuáles pueden ser las *pretensiones* a las que alude el precepto y que no se hayan sustanciado por la vía judicial o administrativa, en cuyo caso gozarían de la posibilidad de interponer una acción concreta de inconstitucionalidad?

Respecto a la segunda cuestión, y teniendo en cuenta lo que acabamos de plantear, si estamos ante pretensiones tan singulares y complejas que no se sustancian a través de

la jurisdicción ordinaria o contenciosa, y que por ello se salen de los controles de constitucionalidad habituales: ¿puede una autoridad que no se considera competente para resolverlas indicar con fundamento a otra autoridad como la competente? Y, en todo caso: ¿puede o debe? Porque la regulación no aclara del todo si este requerimiento de la primera autoridad a una segunda autoridad es un requisito preceptivo y exigible, sin el cual no cabe sustanciar el conflicto ante el TCP. Y esto conecta con la segunda de las peculiaridades que encierra esta regulación.

En efecto, si se interpreta como preceptivo (y así parece indicarlo el apartado IV del art. 98 CPC), entonces el pretendido control *negativo* corre serio peligro de diluirse, puesto que bastaría con que la autoridad que no se considera competente dejara de señalar y requerir a otra como competente para que todo el procedimiento se congelara indefinidamente o se archivara, con lo cual la indefensión del ciudadano resultaría patente. Si, por el contrario, no se considera preceptivo este requerimiento (cosa difícil de justificar a la vista del mencionado apartado IV), entonces debería haberse indicado así expresamente en el precepto, introduciendo un “podrá requerir...” referido a la autoridad que no se considera competente, y bastaría con el mero transcurso del plazo.

Tanto en una como en otra hipótesis: ¿no resultaría más lógico pensar que debiera acudir directamente al TCP, sin la previa intermediación administrativa, para que dirimiera una cuestión de conflicto negativo competencia, dado el previsible carácter singular y extraordinario de los supuestos que de esta naturaleza puedan presentarse?

En último lugar, nos encontramos ante la exigencia de agotar la *vía administrativa* antes de iniciar este conflicto. Ya hemos apuntado las consecuencias que esto tiene con relación a las supuestas pretensiones de los actores, y en ese sentido debemos insistir en la cuestión: ¿Qué *vía administrativa* es la que debe haberse agotado? En efecto, si el art. 94 CPC sólo contempla como posibles conflictos de competencias entre autoridades los de naturaleza legislativa o reglamentaria y los de naturaleza ejecutiva (ya lo habíamos apuntado): ¿qué procedimiento administrativo asiste al ciudadano (persona física o

jurídica) para instar una actuación legislativa o reglamentaria? Ninguno. Puesto que este tipo de actuaciones se rigen por mecanismos de tipo político y por la acción reglada de los órganos políticos. Luego este tipo de posibles conflictos negativos de competencias está, lógicamente descartado en esta figura.

Pero, vayamos más allá: ¿qué procedimiento administrativo asiste al ciudadano (persona física o jurídica) para instar una acción *ejecutiva* de un gobierno autonómico o del gobierno nacional, que no sea incoar un procedimiento *jurisdiccional*, contencioso-administrativo, contra una posible omisión de la administración pública a la que resulte obligada por vía legal o jurisdiccional? En otras palabras, la declinatoria de competencia por parte de un órgano ejecutivo nunca puede ser el *resultado final* de un procedimiento administrativo, sino el *principio* de ese procedimiento. En efecto, sólo cuando la pretensión del sujeto se presenta ante la administración pública que éste considera competente, *iniciando con ello la vía administrativa*, puede la citada administración declarar su incompetencia. Por consiguiente, resulta absurdo, superfluo y contradictorio exigir que se haya agotado la vía administrativa porque esa vía se agota en el mismo acto por medio del cual el órgano administrativo se declara incompetente.

Una última cuestión nos resta por analizar: ¿Procedería también ejercitar la demanda de conflicto de competencia ante el TCP, cuando la segunda autoridad requerida acepte la competencia para resolver la pretensión pero la persona física o jurídica entienda que no es ella la competente y se considere afectada o dañada por ello en su pretensión? La cuestión no es baladí, puesto que la norma habla expresamente de rechazo del requerimiento o vencimiento del plazo con silencio, pero también habilita para acudir al TCP siempre que la persona “se considere afectada por una u otra resolución”. Por resolución sólo cabe entender aquí, o bien la de rechazo de competencia de la segunda autoridad, o bien la de requerimiento de ésta por parte de la primera. El hipotético silencio de la segunda autoridad no es una “resolución”.

En consecuencia, resulta lógico pensar que quien presentó su solicitud ante una autoridad que consideró competente, se considera afectado por la asunción de competencia por parte de una segunda autoridad (requerida por la primera), cabe entender que se ha visto afectado por la resolución de la primera de requerir la competencia a la segunda. Y, en consecuencia, procedería presentar por dicha abstención, la demanda de conflicto *negativo* ante el TCP. Hipótesis, ésta, que debería haberse contemplado expresamente en la regulación de esta figura.

Finalmente, como habíamos adelantado, el art. 99 CPC establece el procedimiento común para ambas modalidades de conflicto negativo de competencias, en el caso de que acabe sustanciándose ante el TCP. Sus escuetas previsiones son las siguientes:

- I. Admitida la demanda, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional ordenará que ésta se ponga en conocimiento de la parte demandada, para que en el plazo de quince días alegue lo que corresponda.*
- II. De ser solicitada la suspensión de competencia en conflictos positivos, el Tribunal Constitucional Plurinacional procederá de acuerdo con lo previsto por el Artículo 95 del presente Código.*
- III. Cumplido el plazo establecido en el numeral uno del presente Artículo, con o sin la formulación de los alegatos, la Comisión de Admisión, por orden, procederá al sorteo del asunto en trámite para asignar a la Magistrada o Magistrado Relator. El Tribunal deberá emitir la resolución correspondiente en el plazo de cuarenta y cinco días a partir del sorteo.*

3.3. Conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental

El siguiente mecanismo del control constitucional con el que se pretende garantizar el principio de supremacía de la CPE, una vez establecidos los mecanismos de control correspondientes al ámbito político (ejecutivo y legislativo) es el establecido para un posible conflicto de competencias dentro del ámbito jurisdiccional.

El paradigma de pluralismo jurisdiccional reconocido en nuestro ordenamiento constitucional prevé que haya ocasiones en las cuales alguna de las jurisdicciones pueda entrar en conflicto sobre sus atribuciones y competencias con otra u otras. En estos casos, el órgano destinado a solucionar dichas controversias no es otro que el TCP, en la medida que la propia Constitución le faculta expresamente, a través de su Art. 202 CPE, a dirimir los conflictos de competencias entre la jurisdicción indígena originario campesina y el resto de jurisdicciones constitucionalmente establecidas (la ordinaria y la agroambiental) que integran la función jurisdiccional en el denominado Órgano Judicial. En ese mismo sentido se expresan el art. 124.I de la Ley 027 del TCP y el art. 100 del CPC.

Cabe señalar un importante problema interpretativo entre los enunciados del art. 124 LTCP y el art. 101 CPC. En efecto, la literalidad del art. 124.I LTCP delimita el posible conflicto de competencias entre jurisdicciones en un sentido exclusivamente *bidireccional*; es decir, que sólo podría plantearse entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras dos jurisdicciones; o bien, entre alguna de estas dos jurisdicciones y la indígena originario campesina. La redacción del precepto se expresa con bastante claridad: *“Los casos en que se susciten conflictos de competencias entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria o agroambiental serán resueltos por el Tribunal Constitucional Plurinacional”*. Y este mismo enfoque es el que se deduce con total claridad de la redacción del art. 101 CPC:

- I. *La demanda será planteada por cualquier Autoridad Indígena Originaria Campesina, cuando estime que una Autoridad de la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental está ejerciendo jurisdicción en el ámbito de vigencia personal, territorial o material que, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y la Ley, el correspondería a la Autoridad Indígena Originaria Campesina.*
- II. *La demanda también podrá ser planteada por cualquier Autoridad de la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental cuando estime que una Autoridad Indígena Originaria Campesina, del lugar donde tiene jurisdicción en razón de territorio, está ejerciendo atribuciones propias de la Jurisdicción Ordinaria o Agroambiental de acuerdo con la Constitución Política del Estado y la Ley.*

Sin embargo, si atendemos a la redacción del art. 121.II LTCP, la cuestión ya no resulta tan evidente, puesto que su literalidad da pie a una interpretación mucho más amplia que abarcaría un posible tercer tipo de conflicto de competencia, el que pudiera surgir también entre la jurisdicción ordinaria y la agroambiental, algo bastante razonable y que colmaría una posible laguna legal derivada del enfoque reduccionista del texto del art. 121.I LTCP. En efecto, el art. 121.II LTCP dice así: *“Cuando la autoridad de la jurisdicción ordinaria o agroambiental se declare competente o incompetente para determinado caso o fuese cuestionada su competencia por una o ambas partes, se remitirán los antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional para que ésta resuelva el conflicto de competencias”*. Como puede verse, cabe perfectamente plantear el supuesto de que una de ambas jurisdicciones se declare competente y alguna de las partes en el proceso entienda que dicha competencia le corresponde a la otra. En definitiva, que este artículo abre la puerta a considerar la posibilidad de conflictos entre esas dos jurisdicciones al margen de su conflicto con la indígena. Algo que resultaría también coherente con la redacción abierta del art. 100 CPC: *“El Tribunal Constitucional Plurinacional resolverá los conflictos de competencias entre las Jurisdicciones Indígena Originaria Campesina, Ordinaria y Agroambiental”*. Como puede verse, este artículo no restringe el posible conflicto a dos bloques perfectamente

diferenciados, tal y como se recogían en el texto del art. 121.I LTCP, sino que alude conjuntamente a las tres jurisdicciones, dando a entender que se contemplan todos los conflictos de competencias que puedan suscitarse entre ellas.

Estamos, pues, ante una cierta incongruencia legislativa presente en ambos cuerpos legales. La LTCP no lo pretende pero acaba concibiendo el conflicto no previsto entre jurisdicción ordinaria y agroambiental, mientras que el CPC, abre la puerta a todo tipo de conflictos entre las tres jurisdicciones, pero a continuación lo excluye tácitamente al restringir su regulación a los conflictos directos o inversos entre la jurisdicción indígena y la ordinaria o la agroambiental.

Así pues, a la hora de concretar los posibles supuestos de conflicto de competencias entre jurisdicciones, el lenguaje ambiguo y confuso de ambos textos legales permite interpretar definitivamente su sentido, ni concretar exactamente los casos a los que se está refiriendo. En un principio, y en coherencia con los enunciados del art. 202 CPE, del art. 124.I LTCP y del art. 101 CPC, sólo cabe considerar dos posibles modalidades de conflicto: el que pueda plantearse por parte de la jurisdicción indígena originaria campesina frente a las otras dos jurisdicciones; y viceversa, el que pueda plantearse por parte de alguna de estas dos jurisdicciones frente a la indígena originario campesina. Por el contrario, si atendemos a la redacción del art. 124.II LTCP y del art. 100 CPC cabe incluir además los conflictos de competencias que puedan plantearse entre las jurisdicciones ordinaria y agroambiental *entre sí*.

Por su parte, el Art. 124.III LTCP alude expresamente a la autoridad indígena originario campesina, a la que faculta para que “*en todos los casos*” pueda presentarse “*ante el juez de la jurisdicción ordinaria o agroambiental que conozca la causa, para plantear el conflicto de competencias en forma oral o escrita. En este caso, la autoridad de la jurisdicción ordinaria o agroambiental, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional Plurinacional para que resuelva el conflicto de competencias*”.

Así pues, dentro del sistema delineado por ambos textos legales podría plantearse un triple escenario para la intervención del TCP. Por un lado, debería intervenir para resolver conflictos negativos entre la jurisdicción ordinaria y la agroambiental, es decir, cuando las partes acuden a alguna de ellas y esta se declara incompetente y señala a la otra. Por otro lado, debería dirimir también la controversia positiva que se pueda suscitar entre las partes respecto a la jurisdicción competente; es decir, cuando una parte señale la competencia de una jurisdicción y otra parte estime la competencia de otra jurisdicción y ambas se declaren competentes. Y, en última instancia, el TCP debe intervenir en el supuesto de que la jurisdicción indígena originaria campesina reclame para sí, en cualquier momento, la competencia en un asunto, una vez que alguna de las otras dos jurisdicciones se la haya atribuido y haya comenzado a conocer de la causa de que se trate. Este planteamiento, que no parece responder del todo a lo que se pretendía, soluciona sin embargo una importante laguna que quedaría sin regular (el conflicto entre estas dos jurisdicciones).

No obstante, como ya hemos señalado, el art. 101 CPC ha contemplado tan sólo dos escenarios, conservando como eje la jurisdicción indígena originaria campesina en razón de su singularidad y peculiaridades (en especial, la fuerte presencia de la oralidad), pero excluyendo de su regulación el hipotético conflicto de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y agroambiental (que tiene su base en el art. 124.II LTCP).

Con esta regulación, se crea una importante antinomia legislativa: el sistema delineado por el CPC resulta alternativo y excluyente del delineado por la LTCP. De ahí que la cuestión siga pendiente de respuesta: ¿Existe o no un mecanismo constitucional de control frente a un posible conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la agroambiental?

Por su parte, las cuestiones meramente procesales y de plazo están especificadas en lo sustancial dentro del Art. 125 LTCP “El Tribunal Constitucional Plurinacional, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes de recibido el conflicto de competencias,

dictará resolución y remitirá el proceso a la jurisdicción que declare competente. En los casos en que la jurisdicción indígena originario campesina sea declarada competente, la resolución deberá constar en castellano y en el idioma que corresponda a la nación o pueblo indígena originario campesino”. Junto a esto, se establece una condición suspensiva sobre el procedimiento en el Art 126 LTCP: “Durante la sustanciación del procedimiento dirimitorio, el trámite de la causa principal se suspenderá, no siendo posible acto alguno, bajo sanción de nulidad, excepto la adopción de medidas cautelares que resultaren imprescindibles”.

El plazo y los requisitos para solicitar la intervención del TCP por parte de la autoridad que se considere competente, se establecen en el art. 102 CPC:

- II. La autoridad que reclame una competencia a la otra jurisdicción solicitará que ésta última se aparte de su conocimiento.*
- III. Si la autoridad requerida rechaza la solicitud o no se manifiesta en el plazo de los siete días subsiguientes, a partir de la petición de la autoridad demandante, ésta se encontrará facultada para plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional Plurinacional*

Los mecanismos que deben ponerse en marcha dentro del propio TCP se concretan en el art. 103 CPC:

- I. Admitida la demanda, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional ordenará que ésta se ponga en conocimiento de la autoridad demandada, para que en el plazo de quince días alegue lo que corresponda.*
- II. Cumplido el plazo, con o sin respuesta, la Comisión de Admisión, por orden, procederá al sorteo del asunto en trámite para asignar la Magistrada o Magistrado Relator. El Tribunal deberá emitir la resolución correspondiente en el plazo de cuarenta y cinco días a partir del sorteo.*

4. RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

El último de los mecanismos de control constitucional, establecidos sobre el ejercicio del poder político, se ha materializado en los denominados *Recursos ante el Tribunal Constitucional Plurinacional*. Este específico mecanismo de control constitucional engloba tres tipos de recursos: el que tiene que ver con el área fiscal e impositiva cuando las resoluciones que los establezcan no cumplan los procedimientos constitucionales; el que está previsto para la impugnación de resoluciones del órgano legislativo en el caso de que resulten lesivas para derechos fundamentales de los ciudadanos y el denominado *Recurso directo de nulidad*, que afecta a los órganos que dictan resoluciones no teniendo competencia para ello. Veamos cada uno de estos mecanismos con el detalle que le corresponde.

4.1. Recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales

Este primer mecanismo de control ante el TCP pretende la salvaguarda del área fiscal e impositiva, a través de los denominados *Recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales*. Este mecanismo está previsto en los arts. 127-130 LTCP; luego pormenorizados en el correspondiente Capítulo I del Título VII (*De los Recursos ante el TCP*) del CPC, que comprende los arts. 133-138 CPC.

De acuerdo con el art. 127 LTCP, “El recurso procede contra toda disposición legal que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución, de cualquier clase o naturaleza, establecida sin observar la Constitución Política del Estado”. En este mismo sentido, el art. 133 CPC precisa que su objeto es

“garantizar que toda disposición legal que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, se establezca de acuerdo con la Constitución Política del Estado”.

La redacción de estos dos preceptos precisa como naturaleza específica del recurso la siguiente:

a) Se constituye como un mecanismo de control constitucional sobre aquellas *previsiones legales* que crean, modifican o supriman un tributo, en cualquiera de sus formas, cuando dichas previsiones legales vulneren de algún modo lo establecido en la Constitución. Es decir sólo cabe interponerlo cuando se trate de disposiciones legales que contengan aspectos de tipo fiscal o tributario. Para el control constitucional de cualquier otro tipo de normas deben utilizarse el resto de acciones ya previstas e interponerse por parte de los expresamente legitimados al efecto.

b) Atendiendo a la literalidad del precepto, lo que se ha establecido es un control estrictamente *formal*; es decir, a través de este recurso no se impugna la determinación de la Administración Tributaria respecto al tributo en sí (no se impugna el contenido material del tributo en concreto o la liquidación efectuada por la Administración Tributaria), sino que se impugna la norma que crea, modifica o suprime ese determinado tributo, en cuanto que dicha norma pueda considerarse en contradicción con lo establecido por la Constitución.

El art. 134 CPC confirma el alcance estrictamente formal del precepto: “Este recurso procede cuando la norma impugnada fue promulgada y sancionada sin observar el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales en esta materia”. Así pues, lo que se cuestiona a través de este recurso no es el fondo sino la *forma*; esto es, la disposición legal que ha creado, modificado, o suprimido un tributo o exacción de cualquier tipo; y su cuestionamiento puede provenir, o bien de un defecto procesal (su proceso de elaboración ha infringido las normas de la Constitución al respecto) o bien

porque el rango de dicha norma se considera inadecuado para el propósito tributario que pretende (no se ajusta al rango legislativo que para tales contenidos establece la constitución).

El Art. 128 LTCP faculta para interponer este tipo de recursos, contra la autoridad que haya emanado la disposición normativa al efecto (art. 136 CPC), a toda persona natural o jurídica que se considere afectada por la creación, modificación o supresión del tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución, acompañando la disposición legal que así lo disponga; o en su caso, solicitando se conmine a la autoridad recurrida para que la presente.

Siendo así que cualquier persona afectada por la disposición legal tributaria contraria a la Constitución puede interponer la presente acción, cabe plantear el supuesto de si esta legitimación activa incluye al Presidente del Estado, los diputados o senadores, y el defensor del Pueblo. Atendiendo a la propia naturaleza del recurso y a la vista del resto de mecanismos previstos de control constitucional, parece razonable excluir a estos actores de la facultad de interponer el recurso, dado que estos ya tienen, en razón de su cargo institucional, la legitimación activa específica para la interposición de la Acción de inconstitucionalidad Abstracta.

En lo que respecta a la legitimación pasiva (la autoridad que haya creado, modificado o suprimido el tributo en cuestión con la disposición contraria a la Constitución), resulta del todo coherente con la esencia y finalidad de este tipo de recursos, ya que la autoridad que lo ha creado, modificado, o suprimido aún estando perfectamente legitimada para crearlo, modificarlo o suprimirlo, puede no haber escogido el instrumento normativo apropiado, o no haber respetado el procedimiento establecido para ello, pero se deja claro que con el recurso no cabe atacar la legitimidad de la autoridad que ha dado origen al tributo.

El Art. 129 LTCP establece genéricamente el procedimiento para la sustanciación de este recurso, estableciendo que “la Comisión de Admisión, previa verificación del

cumplimiento de los requisitos señalados y previstos en la presente Ley, admitirá o rechazará el Recurso. En el primer caso, correrá en traslado a la autoridad demandada, que deberá contestar en el plazo de quince días. Vencido éste, con respuesta o sin ella, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de treinta días de sorteada la causa”. El art. 137 CPC se hace eco de estos mismos requisitos y amplía el plazo para dictar resolución: “Radicado el recurso en el Tribunal Constitucional Plurinacional, éste dispondrá la citación de la parte recurrida, que deberá contestar en el plazo de quince días a partir de la citación. Con o sin la respuesta, el Tribunal Constitucional Plurinacional dictará sentencia en el plazo de cuarenta y cinco días desde su admisión”.

Finalmente, el Art. 130 LTCP (reiterado por el art. 138 CPC) establece los tres posibles sentidos de la sentencia en este tipo de recursos:

1. La aplicabilidad de la norma legal impugnada, con costas al recurrente.
2. La inaplicabilidad de la norma legal impugnada con efecto general.
3. En caso de ser contraria a la Constitución Política del Estado, deberá declarar la abrogación o derogación de la norma tributaria.

4.2. Recursos contra resoluciones del órgano legislativo plurinacional

Se establece en este supuesto, un modelo de control constitucional de gran alcance, cuya legitimación activa se extiende a toda persona que pueda verse afectada. En esta ocasión, el objeto propio del recurso afecta a las resoluciones del propio órgano legislativo, con lo cual podríamos decir que se democratiza y universaliza la facultad de controlar al Parlamento en todo aquello que afecta a derechos de los ciudadanos, sin necesidad de esperar a una acción de control ejercitada por los propios representantes políticos e institucionales del Estado. El procedimiento del citado recurso se recoge en los arts. 131-133 LTCP y se especifica en el capítulo II del mencionado Título VII del CPC, en los arts. 139-142 CPC.

El art. 131 LTCP determina, en cuanto al objeto de este recurso lo siguiente: “Cuando las resoluciones del Órgano Legislativo Plurinacional o de una de sus Cámaras afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas, éstas, en el plazo de treinta días computables desde la fecha de su publicación o citación, podrán interponer el presente recurso contra el Órgano Legislativo o una de sus Cámaras”.

La regulación del CPC, respetando este mismo contenido, ha procurado ser más sistemática y precisa, tanto en la determinación del objeto del recurso como en la identificación de lo que debe entenderse por órgano legislativo. Así lo establece:

“Artículo 139°.- (Objeto). Este recurso tiene por objeto garantizar los derechos de toda persona natural o jurídica frente a resoluciones emitidas por el Órgano Legislativo”.

“Artículo 140°.- (Órgano legislativo). Se entenderá por Órgano Legislativo Plurinacional tanto a la Asamblea Legislativa Plurinacional como a las Cámaras de Diputados y Senadores independientemente”.

De ninguna de ambas regulaciones se desprende cuál debe ser la naturaleza de los derechos que se vean afectados por la resolución legislativa. Es decir, ninguna de ambas legislaciones establece si en la alusión genérica a “derecho de toda persona natural o jurídica” deben entenderse incluidos los derechos fundamentales o si se trata de la defensa de cualesquiera otros derechos, de cualquier otra naturaleza, que puedan verse conculcados por una ley. La cuestión resulta pertinente y debería haber sido expresamente indicada en el propio texto de ambas normativas. En efecto, podemos deducir indirectamente que los derechos fundamentales están excluidos del objeto propio de este recurso, ya que si se incluyen entonces el recurso podría solaparse con las acciones de defensa ante el TCP previstas expresamente para la garantía de derechos fundamentales, y muy en concreto con la *Acción de amparo constitucional*. En consecuencia, parece que el recurso procede para la posible vulneración de cualquier

otro tipo de derechos que se vean afectados por una disposición legislativa, pero que no tengan el carácter de fundamental y que tampoco afecten a materia fiscal o tributaria (para los cuales ya está previsto un recurso específico).

En este sentido, el recurso parece concebirse como un *control posterior* de constitucionalidad sobre el contenido de las leyes, inmediatamente después de su promulgación, pero incluso antes de su entrada en vigor si hubiera un periodo de *vacatio legis*. No obstante, este recurso presenta la peculiaridad sobre las acciones de inconstitucionalidad (concreta o abstracta) de que puede instarse directamente ante el TCP por parte de cualquier persona (física o jurídica) que se considere afectado por sus disposiciones. Precisamente esta legitimación universal para la interposición del recurso justifica la cláusula penal impuesta al actor en el caso de resultar infundado.

La legitimación pasiva, de acuerdo con el art. 132.I LTCP corresponde “al Órgano Legislativo Plurinacional o a la Cámara recurrida, ordenando su legal citación en la persona del respectivo Presidente”.

Con relación a los plazos, de acuerdo con el art. 141 CPC: “El plazo para interponer el recurso es de treinta días computables a partir de la aprobación de la Resolución Legislativa”. Y de acuerdo con el art. 132.II LTCP: “El recurso se contestará dentro del plazo de quince días, vencido el cual, con respuesta o sin ella, el Tribunal Constitucional Plurinacional resolverá en el plazo de treinta días”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional Plurinacional, declarará fundado o infundado el Recurso. En el primer caso, la resolución impugnada será declarada nula y la sentencia surtirá sus efectos sólo con relación al caso concreto. En el segundo caso, subsistirá la resolución impugnada, con imposición de costas y multa al recurrente” (art. 133 LTCP y art. 142 CPC)

4.3. Recurso directo de nulidad

El último de los mecanismos de control constitucional sobre el ejercicio del poder político, se materializa en forma de *recurso directo de nulidad* y se proyecta sobre los actos indebidamente dictados por órganos o autoridades públicas, bien por carecer de competencia para ello (la competencia es de otra autoridad y ha sido usurpada), o bien porque dicha autoridad se ha extralimitado en el ejercicio de su competencia (se ha irrogado unas facultades que van más allá de la ley o, incluso, que pudieran ser extra-jurídicas). La regulación de este recurso se aborda en los arts. 157-163 LTCP y configura el tercero y último capítulo del Título VII del CPC, compuesto por los arts. 143-148 CPC.

Tal y como está definido por el art. 143 CPC: “El Recurso Directo de Nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de los actos de Órganos o autoridades públicas que usurpen funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la Ley”. El art. 157.I LTCP lo define también de esta misma manera, sin aportar ningún matiz al respecto.

No obstante, el art. 144 CPC, introduce una grave ambigüedad y confusión, al intentar precisar lo que debe entenderse por “*acto de un órgano o autoridad pública*”. En efecto, en su literalidad dice lo siguiente: “Se entenderá por acto, toda declaración, disposición o decisión, con alcance general o particular, de autoridad u Órgano Público, emitida en violación de la Constitución Política del Estado o las leyes”. Como puede verse, el modelo de *acto* que está definiendo este precepto, a los efectos de precisar la definición dada por el art. 143 CPC, es un modelo de acto *que pueda calificarse como inconstitucional*; es decir, un tipo de acto que debe valorarse en cuanto al *fondo* de lo que estipula. Pero, como ya hemos visto, el control específico de este tipo de actos corresponde más bien a las *acciones de inconstitucionalidad* (abstracta o concreta). Por

consiguiente, este tipo de acto inconstitucional no parece cuadrar con el tenor propio del recurso directo de nulidad, cuyo objeto no versa sobre un análisis *material del acto*, o sea, sobre el fondo de lo dispuesto por el acto (un juicio sobre si el contenido del acto es o no inconstitucional), sino que se limita a un análisis de carácter *formal* del acto; es decir, a la valoración sobre si la competencia de la autoridad que lo emite es o no usurpada (corresponde a otra autoridad); sobre si se ha extralimitado o no en el ejercicio de su competencia, aunque ésta no sea usurpada y sí le corresponda; o si la materia sobre la que versa el acto corresponde a otra jurisdicción o no está prevista en ninguna y se trata de un acto extra-jurídico.

El art. 157, en su apartado II, prevé que también pueda interponerse este recurso de nulidad, “contra las resoluciones dictadas o actos realizados por autoridad judicial que esté suspendida en sus funciones o hubiere cesado”. Con una estructura más sistemática, el art. 146 CPC, establece los dos supuestos en los que se excluye la posible interposición de este recurso, y ahí es donde introduce la excepcionalidad relativa a la posible nulidad de actos emitidos por una autoridad judicial:

1. *Supuestas infracciones al debido proceso.*
2. *Las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales, excepto cuando hubieran sido dictadas después de haber cesado o suspendidas en el ejercicio de sus funciones a causa de un proceso administrativo disciplinario en su contra. Esta última previsión es aplicable a las demás autoridades.*

En efecto, cuando se trata de actos que afectan directamente a la vulneración de derechos fundamentales en el ámbito procesal, entonces entramos en el terreno de las acciones de defensa de estos derechos, específicamente previstas para ello; y cuando se trata de resoluciones judiciales no cabe concebir, por principio, que puedan recurrirse fuera del sistema ordinario de recursos judiciales, salvo que se hayan dictado sin estar en el pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional.

De acuerdo con el art. 158.I LTCP la legitimación activa corresponde a la *persona agraviada*, que “interpondrá directamente el recurso ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, acreditando su personería y acompañando copias, fotocopias legalizadas o testimonio de la resolución que le cause agravio y otros antecedentes que estime pertinentes”. De acuerdo con el segundo párrafo del art. 158 LTCP: “Si el recurrente no tuviere en su poder copia, fotocopia legalizada o testimonio de la resolución impugnada, notificará a la autoridad que pretende ejecutarla o que la dictó, sobre la interposición del recurso, solicitándole se le extiendan las copias correspondientes, que le serán otorgadas sin reparos en el término máximo de cuarenta y ocho horas, caso contrario será pasible a las responsabilidades de ley”. El art. 145 CPC, además de “*a toda persona natural o jurídica*”, también concede legitimación activa para interponer Recurso Directo de Nulidad al *Defensor del Pueblo*.

Al igual que hemos señalado para los dos modelos anteriores de recurso, la diferencia entre este y el mecanismo establecido para los conflictos de competencia entre jurisdicciones radica básicamente en la legitimación directa que se otorga a las personas para interponer sin mediación el recurso ante el TCP. Recordemos que para suscitar los conflictos de competencias, ya contemplados, entre autoridades de diverso nivel o diversas jurisdicciones, sólo estaban legitimadas las autoridades correspondientes.

De acuerdo con el art. 159 LTCP, el “Recurso se interpondrá por el recurrente, o por quien lo represente, dentro de los siguientes *seis meses* computables a partir de la ejecución del acto o de la notificación de la resolución impugnada”. Y de acuerdo con el art. 160 LTCP, “la Comisión de Admisión, en el término de *cinco días* de recibido el Recurso, dispondrá su admisión o rechazo”. Así pues, “podrá rechazar el recurso mediante Auto Motivado, cuando carezca de fundamento jurídico”.

De acuerdo con el art. 162.I LTCP “desde el momento de la citación quedará *suspendida* la competencia de la autoridad recurrida en relación al caso concreto y será nula de pleno derecho toda disposición que dicte con posterioridad”. Esta citación

supone el requerimiento por parte del TCP de toda la documentación referida al caso (art. 161 LTCP). Y resulta algo sorprendente, rayano en la indefensión, que no se le permita alegar lo que estime oportuno para justificar su competencia o jurisdicción, sino que simplemente se le exija la documentación correspondiente a los antecedentes y sea el TCP el que pueda dictaminar si oír a una de las partes. No parece muy respetuoso esto con las debidas garantías observables en todo proceso.

Una vez citada la autoridad en cuestión, remitida la documentación pertinente: “Si transcurridos cuarenta días desde la admisión del recurso no se notificara a la autoridad recurrida con la sentencia a dictarse, *reasumirá su competencia*” (art. 162.II LTCP)

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en el término de *treinta días* (art. 163 LTCP) o en el término de *cuarenta y cinco días* (art. 148 CPC), pronunciará sentencia declarando lo siguiente:

1. Infundado el Recurso, cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional considere que la autoridad recurrida obró con jurisdicción y competencia, imponiendo costas y multas al recurrente.

2. Fundado el recurso. Declarará la nulidad de la resolución o el acto recurridos, cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional encuentre que la autoridad obró sin jurisdicción o sin competencia, o hubiere dictado la resolución después de haber cesado en sus funciones o estando suspendida de ellas. En estos casos dispondrá, de oficio, la remisión de antecedentes al Ministerio Público para el procesamiento penal correspondiente.

5. LAS ACCIONES DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CPE

Estamos ante una serie de mecanismos, específicamente previstos para garantizar y tutelar de la manera más eficaz y efectiva posible, el disfrute real de los derechos fundamentales más básicos reconocidos por la Constitución Política del Estado. Por su peculiar naturaleza y carácter, se han configurado como acciones tutelares que deben sustanciarse a través de procedimientos jurisdiccionales excepcionales y sumarios y que requieren de una ulterior revisión y tutela por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Estas acciones tienen una expresa mención y desarrollo en la CPE, dentro del Título IV “*Garantías jurisdiccionales y acciones de Defensa*”, constituyendo el Capítulo Segundo (arts. 125-136 CPE). Su desarrollo posterior ha sido llevado a cabo por los arts. 65-100 LTCP y por los arts. 46-71 CPC. En concreto, las acciones contempladas en todos estos textos legislativos son las siguientes: *acción de libertad* (arts. 65-72 LTCP y arts. 46-50 CPC); *acción de amparo constitucional* (arts. 73-80 LTCP y arts. 51-57 CPC); *acción de protección de la privacidad* (arts. 81-86 LTCP y arts. 58-63 CPC); *acción de cumplimiento* (arts. 87-93 LTCP y arts. 64-67 CPC) y *acción popular* (arts. 94-100 LTCP y arts. 68-71 CPC).

Cada una de estas acciones tiene un objeto y un ámbito de protección determinado, frente a actos u omisiones que contravengan o lesionen la Constitución Política del Estado. En ese entendido, procede adelantar cuál es el ámbito de protección de cada una de ellas.

Así, la *acción de libertad* prevista en el art. 125 de la CPE, tiene como ámbito de protección los derechos a la vida, la libertad física o personal, la garantía del debido proceso, siempre que se presenten las dos condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional, a saber: vinculación directa con el derecho a la libertad e indefensión absoluta (SC 1865/2004-R y 0619/2005-R, entre otras), y el derecho a la libertad de

locomoción, siempre que se encuentre vinculado con los derechos a la vida, a la salud, a la libertad física o personal (SC 0023/2010-R de 13 de abril).

La *acción de protección a la privacidad*, de acuerdo al art. 130 de la CPE protege los derechos a la intimidad, privacidad personal o familiar, a la imagen, la honra y reputación, cuando la persona esté indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados; en síntesis protege el derecho a la libre determinación informativa.

La *acción popular* tutela los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza.

La *acción de amparo constitucional* resguarda los derechos fundamentales y garantías constitucionales que no estén dentro del ámbito de protección de las acciones de libertad, de protección a la privacidad y popular; esto debido a que, ante la existencia de acciones de defensa específicas, el amparo constitucional, que se constituye en el género, no puede suplirlas.

La *acción de cumplimiento*, de acuerdo al texto constitucional contenido en el art. 134, procede en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida.

Analizaremos, a continuación, cada una de estas acciones en cuanto que las resoluciones que de todas ellas emiten las autoridades jurisdiccionales ante las que se han interpuesto exigen, como hemos dicho, una revisión de oficio ante el TCP. Así lo dispone el art. 126.IV CPE y lo reiteran en el mismo sentido, el art. 64 LTCP: “*En las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Cumplimiento*

y Popular, las resoluciones serán elevadas en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo sin que por ello se suspenda su ejecución”, completado y precisado por el art. 38 CPC: “La resolución y antecedentes de la Acción de Defensa se elevará de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la emisión de la resolución. El Auto de aclaración, enmienda o complementación, si lo hubiere, será elevado al Tribunal Constitucional Plurinacional inmediatamente después de la notificación a las partes”.

5.1. Acción de libertad

La acción de libertad está contemplada por los arts. 125-127 de la CPE y se configura como una garantía jurisdiccional, un mecanismo de tutela y defensa de los derechos fundamentales, que pone remedio jurídico inmediato a cualquier posible violación de estos derechos. Se trata de una acción tutelar *extraordinaria*, única en su género, que no forma parte de los recursos clásicos previstos en la legislación procesal ordinaria. En efecto, con ella se pone en marcha no un procedimiento jurisdiccional ordinario de defensa de ciertas garantías procesales, sino un proceso constitucional por vulneración de derechos fundamentales básicos (la vida, la integridad física y la libertad personal), que tiene su origen en la garantía reforzada que la Constitución les otorga.

Puesto que se trata de defender los derechos fundamentales más primarios, el procedimiento debe ser necesariamente de tramitación especial, estando exento de los ritualismos y formalismos propio de un procedimiento al uso³⁴². En este sentido, tiene un trámite sumarísimo que no admite incidentes dilatorios ni plazos probatorios, toda vez que no es un medio para dirimir ni dilucidar controversias sobre derechos, sino una vía de reparación o restablecimiento de estos dos derechos fundamentalísimos (vida y libertad física) ante una acción ilegal o indebida de restricción o supresión de los

³⁴² Rivera Santivañez, J.A., *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 3ª ed., Kipus, Cochabamba 2011, p. 321

mismos. Se tramita en una única instancia puesto que contra el fallo pronunciado por el juez o tribunal competente no procede ningún recurso ulterior.

Los Arts. 65 a 72 LTCP reglamentan todas las cuestiones procedimentales relacionadas con la tramitación e interposición de las llamadas *acciones de libertad*, anteriormente conocidas como recursos de *habeas corpus*. En concordancia con lo establecido por la Constitución, en sus arts. 125 a 127 CPE, los arts. 65 y 66 LTCP establecen el carácter *extraordinario* y *sumarísimo* de esta acción, que tiene por objeto la protección o tutela de derechos fundamentalísimos como la vida, la integridad física y la libertad personal, además de una de las manifestaciones específicas de la libertad: la libertad de *circulación* (libertad de locomoción).

5.1.1. Las causales previstas para su interposición

En concordancia con el objeto propio de esta acción que acabamos de definir, el art. 66 LTCP y el art. 47 CPC establecen las causales de procedencia de esta acción: cuando la vida del accionante se encuentre en cualquier clase de peligro; cuando se encuentre ilegalmente perseguido, indebidamente procesado o indebidamente privado de su libertad personal. Debido a la generalidad de los conceptos expresados por estas causales, procede analizar con detenimiento cada uno de los supuestos.

a) El concepto de ‘Vida en peligro’

Llama la atención, efectivamente, que ninguno de los dos textos legales haya precisado algo más el primer supuesto enervador de la acción de libertad y se hayan limitado a definirlo con un concepto tan genérico como que “la vida del afectado este en peligro” (Art. 66.1 LTCP y art. 47.1 CPC). Parecía necesaria esta ulterior precisión sobre la norma, ya prevista en esos términos por el art. 125 de la CPE con relación a la protección del derecho a la vida. No haberlo hecho significa abrir un excesivo espacio

discrecional para la interpretación del concepto, que puede acoger desde las versiones más extensivas hasta las más restringidas³⁴³.

Así las cosas, la fórmula utilizada por el Art. 66.1 LTCP consigna una cláusula abierta y de valoración absoluta y exclusivamente subjetiva por parte del sujeto que interpone la acción tutelar (quien considere que su vida este en peligro). Y en base a esta consideración subjetiva, la justicia debe ponerse en funcionamiento, sin que se hayan previsto sanciones de ningún tipo frente a un posible abuso de la acción.

En todo caso, resulta imprescindible aportar pautas que permitan someter, de algún modo, la valoración subjetiva del actor a parámetros más objetivos y acreditables. Para ello, conviene acotar el sentido de la alocución ‘peligro’, para delimitar su alcance a partir de un significado razonable y coherente con la efectiva garantía de un derecho básico y fundamentalísimo. Así pues, cabría perfilar algunos parámetros lógicos desde los cuales orientar la identificación de los casos en que pueda invocarse esta causal. En general, estaríamos aludiendo a la constatación de cualquier actuación humana, ya sea comisiva u omisiva, que de forma objetiva provoque un peligro inminente o un daño efectivo, concreto y susceptible de ser demostrado, en algún ámbito de la salud física o psicológica y/o del desarrollo de alguna de las condiciones básicas para la existencia humana.

Así pues, no parece posible materializar una lista cerrada de los supuestos en los que pueda invocarse la tutela que brinda la acción de libertad en caso de peligro para la vida, puesto que la variedad de situaciones imaginables resulta inabarcable. En consecuencia, resulta inevitable remitirse a la casuística y a la ineludible consideración del caso concreto. En un intento de restringir al máximo la vaguedad del concepto, Rivera ha señalado los supuestos que, por su mayor incidencia estadística en la demanda de tutela por esta acción, responderían a una acepción objetiva del concepto³⁴⁴:

³⁴³ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 330.

³⁴⁴ *Ibidem*.

1. Cuando la vida se encuentre en peligro como consecuencia de una ilegal restricción al disfrute de bienes vitales básicos; así por ejemplo, cuando se produzca una desaparición forzada, un secuestro, una detención y malos tratos físicos y psicológicos

2. Cuando la vida esté en peligro como consecuencia de una conducta indebida por parte de los responsables de centros públicos y privados de asistencia médica derivada de su negativa a hospitalizar a quienes presentan graves heridas causadas por disturbios, accidentes de tránsito u otros, porque no exista quien asuma la responsabilidad de pagar los costos de atención médica; o también en aquellos casos en los que se retienen enfermos en Clínicas Privadas por falta de pago de los servicios médicos prestados.

3. Cuando la vida se encuentre en peligro por una dolencia o cualquier género de trastorno de la salud grave, y esta gravedad se vea incrementada a causa de una medida restrictiva de la libertad física, de locomoción, comunicación, etc. Podría ser el caso de una detención preventiva, el cumplimiento de una condena en una determinada penitenciaria, etc. No se trata de cuestionar la legalidad de dicha restricción, sino el hecho de que se convierta en inapropiada y deba atenuarse con otras medidas o, en su caso, suprimirse, en atención a que dicha restricción provoca un incremento en la gravedad del sujeto constitutivo de un grave peligro para su vida.³⁴⁵

Estos supuestos, en efecto, responden a una numerosa estadística de interposición de estas acciones tutelares (en el anterior sistema acciones de *habeas corpus*) por parte de sujetos que se encontraban en situaciones de este tipo y que han sido resueltas favorablemente por las autoridades judiciales correspondientes. No obstante, como ya

³⁴⁵ Como resulta de los casos en que personas con detención preventiva necesitan una medida cautelar más benigna a causa de padecer de una enfermedad grave.

hemos señalado, la diversidad de manifestaciones en que puede traducirse la protección del derecho a la vida, amerita que los alcances de protección de este derecho a través de la acción de libertad vayan más allá de estos supuestos.

b) La noción de “estar ilegalmente perseguido”

La segunda de las causales previstas por el art. 66.2 LTC y el art. 47.2 CPC se formula como “estar ilegalmente perseguido”. Se trata de un concepto ya presente en la anterior y en la actual CPE. Para desentrañar el alcance de esta situación podemos acudir a la jurisprudencia emitida por el anterior TC en la SC- 419/2000-R, de 2 de mayo. Aquí se definió la persecución ilegal como *“la acción de un funcionario público o autoridad judicial que busca, persigue u hostiga a una persona sin que exista motivo legal alguno y una orden expresa de captura emitida por autoridad competente en los casos establecidos por ley, o cuando se emite una orden de detención, captura o aprehensión al margen de los casos previstos por ley e incumpliendo las formalidades y requisitos establecidos por ella”*.

Dicha doctrina jurisprudencial, aunque formulada bajo el anterior régimen constitucional (previo a la reforma de 2009) y, por consiguiente, anterior a la promulgación de la vigente Ley 027 (LTCP); de acuerdo con el principio de favorabilidad, declarado por la propia doctrina constitucional en la SC 0036/2010 –R, continúa siendo aplicable al actual régimen constitucional. Asimismo, continúa siendo de aplicación lo preceptuado por la misma jurisprudencia del TC en relación con los alcances de la acción de libertad en su modalidad preventiva.

En este sentido y siendo previsible que toda invocación de la causal de persecución ilegal o indebida sea protegida por la vía de la acción de libertad en el efecto preventivo, se exigen dos condiciones para su procedencia:

- i. Que el atentado a la libertad sea decidido e inminente en su ejecución. En este caso, como apunta Rivera³⁴⁶, los actos preparatorios (como pudieran ser la vigilancia policial para averiguar el domicilio de una persona y sus cambios de residencia) no darían lugar a la procedencia de esta acción.
- ii. Que la amenaza a la libertad sea cierta; es decir, que no sea fruto de una conjetura o presunción subjetiva, sin asidero objetivo alguno.

c) La noción de “procesamiento ilegal o indebido”

Se trata de la causal tercera del art. 66 LTCP y de la homóloga en el art. 47.3 CPC. Como ya hemos dicho, se trata de causales también contempladas con esta misma literalidad por la CPE.

El procesamiento indebido ha sido definido por la jurisprudencia del anterior TC (SC- 369/99 de 26 de noviembre) en los siguientes términos: *“La acción en la que un juez o tribunal judicial a tiempo de sustanciar un proceso penal, lesiona la garantía constitucional del debido proceso, el mismo que exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales y que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar, es decir, implica el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo”*.

A estos efectos la procedencia y concesión de una acción de libertad, cuando se trate de esta causal, debe fundarse en que la tramitación de un proceso penal produce la vulneración de derechos y garantías constitucionales como el debido proceso o la

³⁴⁶ RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 335.

presunción de inocencia, generando como consecuencia inmediata la restricción al derecho a la libertad de locomoción.³⁴⁷

La razón de incluir el procesamiento indebido o ilegal como causal de la acción de libertad adquiere su sentido en la medida en que dicho procesamiento indebido provoque directamente una restricción indebida del derecho a la libertad física y de locomoción. En este sentido la jurisprudencia del anterior TC ha admitido la procedencia y concesión del recurso de *habeas corpus* cuando exista una vinculación entre la violación al derecho al debido proceso y el derecho a la libertad.

d) Detención y apresamiento indebido o ilegal

Estamos ante la cuarta y última causal del art. 66 LTCP y de la homóloga en el art. 47 CPC. Los casos de detención y apresamiento ilegal pueden ser de la más variada índole, encontrándose entre éstos desde la prolongación indebida de una medida de privación momentánea de libertad (como el arresto); pasando por la aplicación de medidas cautelares como la detención preventiva (en base a una insuficiente o contradictoria motivación, una interpretación errónea o directamente contraria a las previsiones legales aplicables al caso concreto, etc.); hasta simples medidas de hecho consistentes en la privación de libertad de una persona sin ninguna base ni autorización.

Con relación al concepto, debemos entender la *prisión ilegal o indebida* como la privación de libertad de una persona que, habiendo sido dispuesta por la autoridad judicial competente como medida cautelar o sanción punitiva, se prolonga más allá de los límites establecidos por la ley o se mantiene después de que se haya cumplido la condena o merecido algún beneficio otorgado conforme a ley, así como cuando se

³⁴⁷ De acuerdo con Rivera Santivañez a los fines de la procedencia de la acción de libertad se entiende que se produce un procesamiento ilegal o indebido en aquellos casos en los que el juez o el tribunal judicial al tramitar el proceso penal desconozca o vulnere el derecho humano o la garantía constitucional del debido proceso o de alguno de sus elementos a cuya consecuencia se restrinja el derecho a la libertad física. (RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional*, cit. p. 358).

deniega, sin justificativo legal alguno, la solicitud de los beneficios que franquea la ley en la ejecución de la pena.³⁴⁸

Esquemmatizando los supuestos básicos de detención y apresamiento indebido o ilegal en que pueden incurrir las autoridades (generalmente en el seno de un proceso penal), cabe contemplar los siguientes:

- a) Cuando la decisión judicial supere los límites temporales de la detención preventiva, vulnerando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- b) Cuando habiéndose dispuesto la cesación de la detención preventiva, la autoridad judicial injustificadamente no viabiliza la libertad del detenido.
- c) Cuando la prisión condenatoria impuesta como medida punitiva exceda o se prolongue más allá del máximo fijado en la sentencia.
- d) Cuando al procesado, condenado a sufrir una pena privativa de libertad, se le niega sin justificación legal alguna la concesión de alguno de los beneficios que prescribe la Ley.

5.1.2. Regulación legal de la Acción

a) Legitimación

La legitimación activa ha sido entendida, de manera general, como la capacidad procesal que reconoce el Estado a la persona, natural o jurídica, para activar las acciones

³⁴⁸ RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional*, cit., p. 351.

o recursos constitucionales (SC 1732/2003-R de 28 de noviembre). La *Acción de libertad* posee una legitimación amplia, en consideración a la naturaleza fundamental de los derechos tutelados (vida y libertad física o personal), de ahí que pueda ser invocada por cualquier persona a nombre del afectado.

En el art. 67 LTCP encontramos el status de legitimación activa que debe ostentar la persona que reclame la violación de aquellos derechos, identificándose en la víctima o agraviado del hecho vulnerador, por sí mismo o por medio de cualquiera que le represente (aun sin poder al efecto), y también la *Defensoría del pueblo*. El art. 48 CPC, añade a estos legitimados la *Defensoría de la Niñez y la Adolescencia*. En congruencia con el carácter máximamente sumario y tutelar de esta acción, puede realizarse de manera oral o escrita y sin ninguna formalidad procesal (arts. 58, 62 y 67 LTCP y art. 29.1 CPC).

En efecto, congruentemente con lo estipulado por el art. 125 CPE, las respectivas normas de la LTCP (art. 67) y CPC (art. 48) otorgan la legitimación activa a tres posibles actores: la *víctima* o agraviado (por sí mismo o por cualquiera a su nombre sin necesidad de poder notariado); la *Defensoría del pueblo* y la *Defensoría de la Niñez y Adolescencia* (ambas sin necesidad de poder notariado expreso).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, ninguna de estas normas señala a los sujetos afectados en esta clase de procesos, habida cuenta de la dificultad que entraña tal delimitación en razón a los innumerables tipos de casos que pueden presentarse. Sin embargo, el presupuesto lógico para establecer la legitimación pasiva se proyectará sobre el sujeto que realice la acción que provoque el peligro para la vida, la persecución ilegal, el procesamiento indebido o el apresamiento indebido.

En este sentido, la jurisprudencia del anterior TC estableció en varias sentencias constitucionales (SC 0325/2001, 1651/2004, 0864/2007 entre otras) que “*la legitimación pasiva implica que el Recurso sea dirigido contra el sujeto que ejecutó el acto ilegal o la omisión indebida, es decir, el agravante*”; afirmando posteriormente que un recurrido

carece de legitimación pasiva porque “(...) no se presenta la coincidencia que tiene que darse entre la autoridad que presuntamente causó la violación a los derechos y aquélla contra quien se dirige la acción” (SC 0410/2001-R de 8 de mayo).

b) Juez o Tribunal competente

El Art. 68 LTCP y las disposiciones del art. 49 CPC destacan entre las cuestiones procedimentales de la acción de libertad, la realización de la audiencia dentro de las *veinticuatro horas* siguientes a la presentación de la acción (y la imputación de gravísima responsabilidad al juez en caso de dilación), con personación del accionante (incluso si estuviere retenido en la cárcel); la citación personal o por cedula de las personas o autoridades demandadas para que presten informe sobre los hechos denunciados y presenten prueba si correspondiera; la necesidad de realizar la audiencia aun si las causas que originaron la acción de libertad hubieran cesado.

De acuerdo con el art. 69 LTCP “la resolución será pronunciada en la misma audiencia pública inmediatamente de recibida la información de la autoridad o persona demandada y sobre la base de la prueba ofrecida por el accionante. La resolución denegará o concederá la tutela solicitada según corresponda”.

La máxima *sumariedad* de la comparecencia y la máxima *inmediatez* del efecto tutelar de la acción, lleva a otorgar la competencia para el conocimiento de la acción de libertad a cualquier juez o Tribunal del territorio nacional en materia penal (art. 58.I LTCP y del art. 32.I CPC). Aunque como también se tiene mencionado, la excesiva generalidad de esta competencia judicial resulta problemática, al no especificar una competencia *especial* por razón de territorio para el conocimiento de esta acción tutelar, habida cuenta que dado el carácter sumarísimo de este proceso y debido a que en algunos casos el demandado debe presentar al privado de libertad ante el Juez que conoce la acción, sería muy difícil materializar estas exigencias cuando este proceso sea activado en jurisdicciones diferentes al lugar donde se ha cometido el hecho denunciado

o ajenas al domicilio del damnificado. Motivo por el cual, algunos autores consideran que será competente para el conocimiento de este tipo de acciones preferentemente el juez o tribunal del lugar en que se encuentre detenido el recurrente o en su caso, donde se haya dado el acto u omisión provocadora de las causales determinantes de su interposición.

c) Admisión y citación, audiencia y resolución

Debido a la finalidad de protección eficaz a derechos fundamentalísimos, encargados a esta acción tutelar por la CPE, la intención del legislador constituyente ha sido la de liberar de exigencias formalistas a la presentación de estas acciones. En este sentido (así lo recoge expresamente la LTCP y el CPC), la interposición de la acción de libertad puede hacerse en forma escrita (conteniendo al menos una relación de los hechos que la motivan) o también en forma oral, en cuyo caso deberá sentarse en acta todos los hechos que hayan provocado la acción de libertad.

Una vez presentada la acción, ya sea en forma escrita o verbal, el Juez o Tribunal competente deberá señalar la hora de audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicha presentación. El incumplimiento de este plazo generará la posible responsabilidad disciplinaria y penal de parte del Juez que conoce la acción de acuerdo (art. 68.3 LTCP y art. 49.4 CPC)).

Dada la importancia de esta acción, el art. 68.4 LTCP y el art. 49.5 CPC prevén que incluso si la audiencia tuviera que realizarse en días sábado, domingo o feriado, esta acción podrá tramitarse ante el juzgado de instrucción de turno en lo penal.

Con el escrito o acta de presentación de la acción y luego de admitida el Juez o Tribunal competente deberá citar personalmente al demandado. Para el caso de que no pueda ser habido personalmente, incluso se dispone la posibilidad de que el demandado sea citado mediante cedula fijada en su domicilio laboral o real.

Llegada la audiencia señalada, no podrá postergarse por ningún motivo. Además debe llevarse a cabo en las siguientes condiciones:

- a. Será oral y registrada por cualquier medio
- b. La inasistencia o abandono del demandado no suspenderá la realización de la audiencia, pudiendo declararse la rebeldía del mismo.
- c. No podrán decretarse cuartos intermedios ni suspensiones de la audiencia
- d. La audiencia se desarrollará bajo la dirección del juez o tribunal, escuchando la exposición del accionante y luego el informe e intervención del demandado. Incluso se podrá ejercer el derecho a la duplica y replica de las partes.
- e. Concluidas las intervenciones del demandante y demandado, el juez o tribunal emitirá inmediatamente la sentencia de forma oral y pública con la debida fundamentación jurídica concediendo o negando la tutela solicitada.

A la vista de los hechos, el juez o tribunal conocedor de la acción de libertad, de acuerdo con el art. 71 LTCP, serán las siguientes:

- i. Si la tutela fuese concedida se depondrá la cesación del hecho, acción u omisión que pone en riesgo o atenta contra la vida, así como los mecanismos idóneos para su resguardo
- ii. En caso de persecución, procesamiento o privación de libertad indebida o arbitraria, la resolución, según el caso, dispondrá la cesación, el restablecimiento del debido proceso o la inmediata libertad del accionante.

Finalmente, el art. 72 LTCP (y el art. 50 CPC) una vez establecidos los efectos de la resolución constitucional (asegurar la vida del accionante o restituirle de inmediato su libertad o los derechos que le asistan en el proceso que le afecte) regula la posibilidad de condenar al pago de daños y perjuicios al funcionario público que hubiera cometido el abuso, cuando la acción se considera procedente.

5.2. Acción de amparo constitucional

Estamos ante el mecanismo de control y garantía más general e importante en el efectivo ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. Esta acción de amparo constitucional está contemplada por los arts. 128-129 CPE. Y, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 128 CPE, viene definida del siguiente modo: “La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

5.2.1. Naturaleza del amparo constitucional

El *amparo constitucional* se constituye como una acción sumarísima que garantiza a todo ciudadano el derecho de invocarla cuando estime violados cualesquiera de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (con excepción de la libertad personal ya tutelada específicamente por la acción de libertad). Así pues, la acción de amparo tiene como finalidad asegurar a las personas el goce efectivo de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales protegiéndolos de toda amenaza, restricción o supresión ilegal o arbitraria proveniente de actos, decisiones, u omisiones de las autoridades públicas o de las personas particulares³⁴⁹.

³⁴⁹ DAZA ORDANZA, E., *Temas de Derecho Constitucional*, Cochabamba Universitaria, 1993, p. 147.

La naturaleza jurídica y alcance del amparo constitucional ha sido ampliamente analizada por la doctrina boliviana y también por la doctrina del resto de ordenamientos constitucionales de corte continental, cobrando especial relevancia por su nivel de rigurosidad el análisis que de la misma ha realizado la doctrina española, la colombiana y la mexicana de cuyo país toma su origen el denominado *juicio de amparo*. En este contexto, el constitucionalista boliviano Rivera Santivañez configura el amparo constitucional como una garantía jurisdiccional, con la finalidad de otorgar protección a las personas en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y sus garantías constitucionales normativas contra particulares, expresados a través de resoluciones, actos u omisiones ilegales o indebidas³⁵⁰.

En mérito a su naturaleza instrumental, el amparo se concibe (y así lo consagran la LTCP y el CPC) como una *acción procesal* de carácter *formal y autónomo* destinada a proteger todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, pero que solamente resulta utilizable en defecto de las acciones ordinarias que prevé la legislación común para esta misión³⁵¹.

La doctrina española, sin rechazar su denominación como *acción*, también considera a esta institución desde su perspectiva procesal como un *proceso sustantivo e independiente*, destinado a proteger derechos y libertades constitucionales. Ya sea categorizado como *acción* o como *proceso*, lo que resulta claro es la improcedencia de su denominación como “*recurso*”, en la medida que esta alocución señala un mecanismo procesal de segunda instancia, como parte de una fase correspondiente a un proceso principal. Y dado que el amparo constitucional consiste en un mecanismo procesal autónomo, que despliega sus efectos en la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (es decir, en la jurisdicción constitucional

³⁵⁰ RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit. p. 380.

³⁵¹ LINARES QUINTANA, J., *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1999, p. 429.

y no en la ordinaria), su calificación como *recurso* ha quedado obsoleta y no resulta viable ni procedente (aunque así se denominara en nuestra anterior CPE de 1967)³⁵².

5.2.2. La subsidiariedad del amparo constitucional

Dentro de la configuración del amparo constitucional como mecanismo de carácter procesal en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, cobra particular importancia su carácter *subsidiario*. Es decir, el amparo solo podrá invocarse en defecto de otros medios o recursos de la legalidad ordinaria previstos para la salvaguarda de los derechos presuntamente violados. Dicho en otras palabras, el amparo constitucional solo procederá cuando el afectado no pueda disponer de otro medio de defensa jurisdiccional para la restitución de sus derechos.

La necesidad de condicionar el amparo constitucional a este requisito viene justificada en la medida en que se pretende que esta acción no sea tomada como una instancia adicional, alternativa o complementaria, de las acciones ordinarias previstas en la Constitución y las leyes. Lo que de ser así desvirtuaría su sentido como instrumento *extraordinario* de protección *inmediata* y oportuna frente a vulneraciones graves de derechos fundamentales.

El requisito de la subsidiariedad para la procedencia de la Acción de amparo se encuentra ampliamente aceptado en las legislaciones constitucionales de otros ordenamientos sudamericanos como el colombiano, el mexicano y el argentino. En el ordenamiento constitucional boliviano se establece expresamente en el Art.129.I CPE: “*Esta acción será procedente siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, amenazados o suprimidos*”. Esta exigencia ha sido oportunamente recogida por el Art. 76 LTCP (“*el*

³⁵² No obstante, existen posiciones en la doctrina española que asignan la calidad de recurso a esta clase de acciones, cuando son invocadas para la impugnación de sentencias o resoluciones judiciales. En este sentido, podría considerarse al amparo constitucional como un recurso, aunque de carácter excepcional e independiente, habida cuenta de que su configuración procesal obedece a un proceso totalmente independiente del procedimiento de donde emerge la sentencia o fallo de legalidad ordinaria que vendría a revisar (RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 388).

amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías constitucionales”), ulteriormente precisado por el art. 54.I CPC.

La exigencia de la subsidiariedad como requisito para la interposición del Amparo constitucional despliega sus efectos en nuestro ordenamiento, a través de las causales de improcedencia previstas en el Art. 74 de la LTCP. En este sentido, los numerales 1, 3 y 4 del mencionado artículo establecen causales para la improcedencia del amparo relacionadas con la falta de agotamiento de otras instancias procesales establecidas para la misma finalidad que el amparo, entre estas se tienen:

- 1. Contra las resoluciones cuya ejecución estuviere suspendida por efecto de algún medio e defensa o recurso ordinario o extraordinario interpuesto con anterioridad por el recurrente y en cuya virtud pudieran ser revisadas, modificadas, revocadas o anuladas.*
- 2. Contra las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso, puedan ser modificadas o suprimidas, aun cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso.*
- 3. Cuando los derechos o garantías vulnerados puedan ser tutelados por la Acción de Libertad, Protección de Privacidad, Popular o de Cumplimiento.*

La anterior jurisprudencia del extinto TC especificó con detenimiento los elementos el denominado requisito de la subsidiariedad exigibles para decretar la procedencia del amparo constitucional.

Así, la SC 374/2002-R estableció que la subsidiariedad en esta acción debe ser entendida como: *“el agotamiento de todas las instancias dentro del proceso o vía legal, sea administrativa o judicial, donde se acusa la vulneración, dado que donde se deben reparar los derechos fundamentales lesionados es en el mismo proceso, o en la*

instancia donde han sido conculcados, y cuando esto no ocurre queda abierta la protección que brinda el Amparo Constitucional.”.

Desarrollando y precisando el alcance de la subsidiariedad, la SC 1337/2003-R de 15 de septiembre, determinó la improcedencia del Amparo constitucional del siguiente modo:

“1) Las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico;

2) Cuando las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución”.

En ese mismo sentido se han expresado también las SSCC 1089/2003-R, 0552/2003-R, 0106/2003-R, 0374/2002-R, entre otras.

Con todo, siendo cierto que la subsidiariedad constituye el elemento *determinante* para la configuración y admisibilidad procesal del amparo constitucional, sin embargo lo verdaderamente decisivo para estimar si ésta concurre o no (y por tanto para la viabilidad de la Acción) radica en garantizar el carácter *inmediato* de la protección dispensada. De manera que, en muchos casos, la subsidiariedad, más que en una exigencia esencial, se ha convertido en una excepción.

En efecto, el Art. 76 de la LCTP dispone que “*la Acción de Amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías...*”. El elemento de *protección inmediata* que aquí se resalta constituye la guía fundamental para estimar cuándo puede ser exigible la mentada subsidiariedad y cuando no. Y es que, en la práctica boliviana, la experiencia en la resolución de amparos constitucionales ha demostrado que, pese a existir mecanismos ordinarios para la restitución de los derechos que se denuncian conculcados, éstos mecanismos ordinarios se han mostrado ineficaces al respecto, en razón de factores de índole generalmente extra procesal como la lentitud, la difícil accesibilidad, la onerosidad, etc.

En este orden de cosas y con el deber de constatar otras condiciones como el daño inminente e irreparable del derecho reclamado, la jurisprudencia del anterior TC estableció también el alcance de lo que inadecuadamente se denominó “*la excepción al principio de subsidiariedad*”. Para estos efectos, se afirmó que esta “excepción” opera en aquellos casos en los que existiendo otros medios o recursos legales ordinarios, e incluso habiéndose utilizado los mismos, estén en curso de trámite los actos, las resoluciones u omisiones ilegales que lesionan el derecho fundamental y que podrían causar daños o perjuicios irremediables o irreparables.³⁵³

Así lo expresó con claridad la jurisprudencia del anterior TC: “*no puede en este caso invocarse el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional por cuanto la materialización de la justicia impone la obligación de precautar los derechos y garantías de las personas que están frente a un daño inminente e irreparable.* (SSCC 0119/2003-R, 0864/2003-R, 0462/2003-R)

En este mismo sentido se pronunció la SC 0651/2003: “*...el principio de subsidiariedad que el orden constitucional informa al recurso de amparo constitucional cede al principio de inmediatez en los supuestos en que no existan otros medios o*

³⁵³ RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 389.

recursos idóneos o eficaces para la protección de los derechos o garantías invocados como restringidos, esto determina que en los casos en que el agotamiento de las vías ordinarias existentes se constituya en un obstáculo formal para acceder a la protección con la inmediatez que el caso singular exige, en razón a que la apertura posterior de la tutela resultaría irreparable por tardía; atendiendo al fin de protección de la norma y a la eficacia que reclama todo derecho o garantía fundamental; en tales supuestos no es exigible el agotamiento de las vías ordinarias abriéndose consecuentemente la jurisdicción constitucional para otorgar en su caso, la tutela invocada”.

Y continuando con esta línea, la SC 0523/2007-R afirmo que: *“cuando exista un daño o perjuicio irremediable no obstante existir un medio de defensa, esto en los casos en los que de no otorgarse la tutela al derecho o garantía constitucional vulnerados hay inminencia de un mal irreversible, injustificado y grave, que coloque al recurrente en un estado de necesidad, que justifica la urgencia de la acción jurisdiccional, ya que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra el recurrente, es inminente e inevitable la destrucción de un bien jurídicamente protegido, lo que exige una acción urgente para otorgar la protección inmediata e impostergable por parte del Estado en forma directa”.*

De tal manera que la invocación del denominado *“excepción al principio de subsidiariedad”* para hacer procedente a una acción de amparo vino a configurarse de acuerdo a los siguientes requisitos:

- 1) Existencia de un acto u omisión ilegal que lesione un derecho fundamental
- 2) Que el agotamiento de las vías ordinarias existentes se constituya en un obstáculo formal para acceder a una protección inmediata del derecho conculcado, en razón a que la apertura posterior de la tutela resultaría irreparable por tardía.

- 3) La existencia de un daño irreparable e inminente en el derecho fundamental invocado.

Esta doctrina ha sido expresamente recogida en el art. 54.II CPC, donde se establece que:

“Excepcionalmente, previa justificación fundada, dicha acción será viable cuando:

1. *La protección pueda resultar tardía.*
2. *Exista la inminencia de un daño irremediable e irreparable a producirse de no otorgarse la tutela”.*

En conclusión, puede sostenerse que el elemento de la subsidiariedad constituye un *requisito procesal determinante* para la procedencia de la Acción de Amparo, pero que no debe ser tomado como un *principio rector* en la configuración de esta Acción, ya que ese principio rector que se erige en criterio decisivo viene a ser la *inmediatez en la protección constitucional* que brinda la Acción de amparo. De ahí que no quepa aludir a la subsidiariedad como el *principio fundamental* que rige la interposición de un amparo (es un mero requisito procesal), razón por la que también resulta inadecuada la denominación de *excepción a la subsidiariedad*. La esencia de la Acción de amparo radica en la *protección inmediata* que este mecanismo busca frente a la restricción, supresión o amenaza de derechos fundamentales.

5.2.3. Cuestiones procedimentales

e) Legitimación

La capacidad procesal para interponer la Acción de amparo se encuentra identificada en el Art. 75 de la LTCP, señalándose a los siguientes sujetos activamente legitimados:

1. *Toda persona natural o jurídica que se vea afectada por la medida atentatoria a su derecho fundamental. O por otra a su nombre con poder suficiente.*
2. *La Defensoría del Pueblo sin necesidad de poder*
3. *El Procurador General del Estado en el ejercicio de sus funciones.*

El hecho de exigir, en primer lugar, que la Acción sea presentada por la persona que se crea afectada o por otra a su nombre con poder suficiente se justifica por la naturaleza de los derechos tutelados por la vía del amparo constitucional: se trata de un agravio personal y directo contra un sujeto, así lo ha entendido la SC 0626/2002-R de 3 de junio, al señalar: “...a efectos de plantear un Amparo, es preciso que toda persona que recurre en busca de la tutela que otorga dicha garantía constitucional acredite debidamente su legitimación activa; es decir, que demuestre conforme exige el ordenamiento jurídico, que los efectos del acto ilegal o indebido que denuncia hubieran recaído directamente en un derecho fundamental suyo..., no se puede plantear una demanda de Amparo, sino demostrando ser el agraviado directo por la autoridad o particular recurrido (...)”.

Y en ese sentido se justifica también la intervención de aquellos dos órganos institucionales del Estado, cuya función primordial es precisamente velar por las garantías de los derechos de los ciudadanos, previniendo y evitando su vulneración.

Con relación a la legitimación pasiva, cuya razonable omisión ya fue abordada a propósito de la acción de libertad, se adquiere por la coincidencia que pueda establecerse entre la autoridad que presuntamente causó la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción. (SC 691/01).

i. Juez o Tribunal competente

El Art. 58.II LTCP identifica los jueces y tribunales que serán competentes para el conocimiento de las acciones de amparo: “*En las capitales de departamento ante la*

sala de turno de los tribunales departamentales de justicia o los juzgados públicos de materia”.

Como ya se tuvo ocasión de mencionar al analizar la Acción de libertad, la LTCP no contempla expresamente ninguna regla de competencia territorial para el conocimiento de estas acciones. Aspecto que ha sido completado por el art. 32.II CPC:

“El juzgado o tribunal competente será el del lugar en el que se haya producido la violación del derecho. Si en el lugar no hubiere autoridad judicial será competente la Jueza, Juez o Tribunal al que la parte pueda acceder por razones de cercanía territorial o mejores condiciones de transporte. Si la violación hubiese sido cometida fuera del lugar de residencia de la afectada o afectado, ésta o éste podrá presentar la acción, si lo estima pertinente, ante el juzgado o tribunal competente por razón del domicilio”.

No obstante, para completar aspectos aún no regulados, convendrá recurrir también a las reglas de competencia territorial formuladas por el anterior TC en la SC 0347/2010:

“Sera competente el Juez o Tribunal:

- 1. Del lugar donde se produjo el acto u omisión ilegales o indebidos*
- 2. Tratándose de resoluciones administrativas o judiciales, corresponde al juez o tribunal del distrito del lugar donde la autoridad emitió o dictó la resolución considerada ilegal y que es el lugar donde tiene su domicilio institucional.*
- 3. Tratándose de varias resoluciones debe interponerse donde se emitió la de mayor jerarquía pues en concordancia con el principio de subsidiariedad a esa autoridad o instancia donde correspondería subsanar o corregir en última instancia el acto o resolución denunciado de ilegal”.*

ii. Participación de terceros interesados

La LTCP (al igual que la anterior LTC reguladora del extinto TC) no incluye nada relativo a la participación de terceros interesados. Esta falencia llevó a la jurisprudencia del anterior TC a contemplar esta intervención, en relación con aquellas personas que, sin ser parte dentro de una Acción de amparo, puedan verse afectadas en sus intereses y derechos adquiridos de buena fe en el proceso judicial o administrativo y cuyos fallos se impugnan a través de la acción de amparo. En este sentido se pronunció la SC 1351/2003 disponiendo las siguientes sub-reglas:

“1) que el accionante identifique al tercero interesado, es decir la otra parte que intervino en el proceso judicial o administrativo cuya resolución la impugna por la vía del amparo constitucional, asimismo señale su domicilio para que se practique su citación; 2) se cite con la acción de amparo y el auto de admisión a ese tercero interesado; 3) se admita la intervención e terceros interesados en la realización de la audiencia pública a objeto de que se presente sus alegatos respecto a las pretensiones del accionante si así considera pertinente. A ese efecto se entenderá por tercero interesado a aquella persona que hubiese intervenido como la otra parte dentro del proceso judicial o administrativo cuya resolución se impugna a través de la acción de amparo constitucional”.

Esta laguna ha sido colmada por el art. 32 CPC, que contempla expresamente la posible comparecencia, voluntaria o a instancia del juez correspondiente, de aquellos terceros que pudieran estar interesados en el contenido de la Acción:

- II. La persona natural o jurídica que pruebe interés legítimo en una Acción de Defensa podrá presentarse ante la Jueza, Juez o Tribunal, que de estimarlo necesario, admitirá sus alegaciones en audiencia.*
- III. La Jueza, Juez o Tribunal, de oficio o a petición de parte cuando considere necesario podrá convocar a terceros interesados.*

5.2.4. Efectos de la resolución

De acuerdo con el art. 78 LTCP, *“I. La resolución se pronunciará de manera fundamentada en la misma audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, se lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. II. La resolución concederá o denegará la Acción”*.

Y de acuerdo con el art. 80 LTCP: *“La resolución que conceda la Acción ordenará la restitución y la tutela de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, y podrá determinar la responsabilidad civil y penal del demandado”*.

5.3. Acción de protección de la privacidad

De acuerdo con el art. 131.I CPE: *“Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad”*.

El apartado II de este mismo artículo de la CPE establece una única excepción en la materia protegida por este mecanismo: *“La Acción de Protección de Privacidad no procederá para levantar el secreto en materia de prensa”*.

Nos encontramos, pues, ante un mecanismo de protección constitucional del derecho fundamental a la intimidad, el honor y la propia imagen, que pretende garantizar que todo sujeto, en todo momento, sea el dueño de aquellos datos personales, registrados por cualquier medio en ficheros públicos de cualquier tipo, cuando estos afecten a su intimidad personal o familiar, a su imagen o a su honor. El mecanismo

viene denominado por la CPE como *Acción de Protección de la Privacidad*, aunque en la doctrina suele denominarlo, desde hace tiempo, como recurso de *habeas data*.

5.3.1. Naturaleza constitucional de la Acción

Al igual que la Acción de amparo constitucional, la *Acción de protección de la privacidad* es un mecanismo jurisdiccional extraordinario que tiene como fin la protección del derecho al honor, la imagen y la propia intimidad, constituyendo el denominado derecho a la *autodeterminación informativa*³⁵⁴. Este derecho se protege con la mencionada acción tutelar, en la medida en que deriva del genérico derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad tal y como ha reconocido la doctrina constitucional. En concreto, su finalidad es la de protección de los ‘datos personales’, en tanto que estos datos son elementos constitutivos del denominado ‘libre desarrollo de la personalidad’ que, a su vez, es el núcleo esencial del derecho a la intimidad. De ahí la protección de esos datos frente a la obtención, almacenamiento y distribución ilegal, indebida o inadecuada por parte de cualquier persona.

En lo que respecta a la *libertad informática*, el desarrollo de las tecnologías de la información ha propiciado una ampliación del sentido restrictivo que contenía la noción de intimidad en la doctrina jurídica, provocando que la concepción individualista del derecho fundamental intimidad, que se tutela constitucionalmente, no se circunscriba a la ‘*intimidad física*’ entendida como “libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, su familia o sus relaciones”, sino que se extiende también a la

³⁵⁴ La doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales ha denominado a esta faceta del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad como derecho a la *autodeterminación informativa*, derivado de la noción de intimidad acuñada por la doctrina alemana. Sin embargo, en nuestra legislación no se ha dado acogida expresa a la existencia de este derecho ni siquiera en la última reforma constitucional, lo cierto es que por vía de la anterior jurisprudencia del TC y a propósito de la reglamentación del *habeas data*, se hablaba de la protección del derecho a la autodeterminación informática y no informativa. Términos que utilizan indistintamente algunos autores como Rivera Santivañez, aunque ambos tengan alcances distintos.

‘*intimidad informativa*’, referida a la “protección del individuo frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión de los datos personales”³⁵⁵.

Como consecuencia, el Art. 130 CPE ha previsto este mecanismo de tutela constitucional, denominado *Acción de protección de privacidad*, que como ya habíamos apuntado, permite a toda persona ejercer el control pleno sobre sus datos personales, en cuanto que éstos se encuentren registrados por cualquier soporte físico, electrónico, o informático, sea en archivos públicos o privados, en la medida en que se le pretenda impedir su acceso, modificación o extinción, si de ello se deriva una vulneración de su derecho a la intimidad y privacidad personal y familiar, a la honra y reputación y a la propia imagen. Con esta disposición, el legislador boliviano ha pretendido dar un mayor alcance a la tutela del derecho a la intimidad otorgándole una naturaleza y alcance que trasciende lo meramente externo para llegar al núcleo mismo de la personalidad.

5.3.2. Tratamiento de la Acción en la jurisprudencia constitucional

La vigente Constitución Política del Estado cambió el *nomen juris* del *hábeas data* por el de Acción de Protección de Privacidad, pero no así su esencia tutelar, de acuerdo con la SC 0127/2010-R. No obstante, junto a la nueva denominación, el art. 130.I CPE ha introducido también algunos cambios específicos en cuanto a su redacción; en especial, aquellos en los que se refiere a los sujetos a los que se otorga la *legitimación activa* para interponer la acción y que abarca a: “*Toda persona individual o colectiva*”. Y extiende la posible vulneración del bien protegido, no sólo “...a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar”, sino también, “a su propia imagen, honra y reputación”.

Observamos, pues, que las *personas colectivas* se incluyen también ahora como posibles sujetos legitimados, posibles accionantes, aceptando implícitamente que las

³⁵⁵ Vid. *Informe Younger*, 1992.

personas colectivas también son titulares de los derechos fundamentales reconocidos por el art. 21.2 de la CPE: “*derecho a la intimidad, a la privacidad, honra, propia imagen y dignidad*”. En este sentido, debemos entender que cuando el art. 130.I CPE alude a *personas colectivas*, está haciendo referencia a las personas *jurídicas*, tanto de orden público como privado, pero en este caso resulta imprescindible plantear algunas diferencias entre ambas clases, en cuanto a los derechos tutelados para éstas. En efecto, las *personas colectivas* no pueden aducir, en ningún caso, la vulneración de un derecho a la intimidad personal y familiar, ya que se trata de derechos fundamentales de índole estrictamente individual, pero sí podrán denunciar la vulneración de su derecho a la *imagen* o de su derecho a la *reputación*.

Corresponde aclarar que las personas colectivas tampoco podrán considerarse afectadas en su *honra*. En efecto, el derecho a la *imagen*, la *honra* y la *reputación*, parecieran constituir una sola y única categoría de derechos fundamentales, todos ellos conjunta y unitariamente tutelados por la *Acción de protección de privacidad*. Pero como se deduce implícitamente de lo anteriormente dicho, esto no es así. El derecho a la *honra* difiere de los otros dos en que es también de índole estrictamente individual; es decir, entra dentro de la esfera de la personalidad de un sujeto y es concebido doctrinalmente como la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como reconocimiento de su dignidad frente a la sociedad³⁵⁶.

³⁵⁶ En el ámbito latinoamericano, fue la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia T-412, la que abordó más pormenorizadamente esta distinción: “El concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad”. “...El art. 21 de la C.P. consagra específicamente la protección del derecho a la honra, entendiendo por ella, la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana. Es por consiguiente, un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”. “Tradicionalmente esta Corte ha sostenido, que los derechos al buen nombre y a la honra son derechos que se ganan de acuerdo a las acciones realizadas por el individuo, sea que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta intachable...”.

La jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional, siguiendo la estela de la jurisprudencia colombiana en la materia, estableció esta diferencia en su SC 0686/2004-R, de 6 de mayo:

“Según la doctrina del Derecho Constitucional el derecho a la honra es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la colectividad que le conocen; es el derecho que tiene toda persona a que el Estado y las demás personas reconozcan y respeten la trascendencia social de su honor. Es un derecho que se gana de acuerdo a las acciones realizadas por cada persona, de manera que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta correcta e intachable acorde con valores de la ética y la moral, o, por el contrario, carezca de tal imagen y prestigio, en razón a su indebido comportamiento social; cabe advertir que la honra, se constituye en una valoración externa de la manera como cada persona proyecta y presenta su imagen; de manera que las actuaciones buenas o malas, son el termómetro positivo o negativo que la persona irradia para que la comunidad se forme un criterio objetivo respecto de la honorabilidad de cada ser; pues las buenas acciones acrecientan la honra, las malas decrecen su valoración. En este último caso se entiende que no se puede considerar vulnerado el derecho a la honra de una persona, cuando es ella misma quien ha impuesto el desvalor a sus conductas y ha perturbado su imagen ante la colectividad.

Este derecho, si bien no está expresamente proclamado en el catálogo previsto por el art. 7 de la Constitución, sí lo está en los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 5 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.”

Pero hay un segundo matiz diferencial que también puede observarse en la redacción del art. 130.I CPE, consiste en la inclusión de la conjunción disyuntiva “o” en todos los supuestos considerados en el texto: “Toda persona *individual o colectiva* que crea estar *indebida o ilegalmente impedida* de conocer, objetar u obtener la *eliminación o rectificación* de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en *archivos o bancos de datos públicos o privados*, o que afecten a su derecho fundamental a la *intimidad y privacidad personal o familiar*, o a su *propia imagen, honra y reputación*, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad”.

¿Qué significado debemos otorgar a este modo de redactar la norma? Es el propio TCP el que nos lo indica:

La letra “o”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene tres diferentes significados: en primer lugar, puede denotar diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas, cuando es utilizada como una conjunción disyuntiva (Antonio o Francisco); en su segundo significado puede ser utilizada ante cada uno de dos o más términos contrapuestos (blanco o negro); en su tercera acepción denota equivalencia significando “o sea, o lo que es lo mismo”, acepción que este Tribunal adoptará para interpretar la parte final del art. 130.I CPE, debido a que el sentido en esta última frase tiene como objetivo el definir una idea común y no denotar diferencias o ideas contrapuestas; por lo que el objeto de este artículo no cambia en cuanto a lo que estaba prescrito en la Constitución abrogada.

5.3.3. Regulación legal de la Acción

El desarrollo normativo y procesal de esta acción constitucional de defensa se ha realizado a través de los arts. 81-86 LTCP y de los arts. 58-63 CPC, donde se plantea

una regulación paralela a la ya prevista para la Acción de amparo constitucional, tal y como se establece expresamente por el art. 131.I CPE.

a) Subsidiariedad relativa de la Acción

Al diferencia de lo que sucedía con la Acción de amparo, la *Acción de protección de la privacidad* tiene un *relativo* carácter *subsidiario*, puesto que únicamente se plantea con respecto a los bienes tutelados por el resto de acciones de defensa constitucionalmente previstas (libertad, amparo, cumplimiento, popular), por lo cual no resulta necesario para interponerla que se hayan agotado previamente todas las instancias legales ordinarias, sino que debido a la singularidad que concurre en los archivos informáticos (a su inmediata y universal difusión y consecuente gravedad del posible daño), el legislador ha hecho prevalecer la inmediatez y excepcionalidad de la protección reclamada frente a la exigencia de agotar los recursos de la jurisdicción ordinaria.

Así se establece explícitamente en el Art. 82 LTCP, al enumerar el elenco de causas de improcedencia de la Acción:

- 1. Hubiera transcurrido el plazo para interponerlo.*
- 2. Cuando los derechos o garantías vulnerados puedan ser tutelados por la Acción de Libertad, Amparo, Acción Popular o de Cumplimiento.*
- 3. Contra las resoluciones cuya ejecución estuviera suspendida.*
- 4. Cuando se haya interpuesto otra acción de protección de privacidad, con igual identidad de sujeto, objeto y causa.*
- 5. Cuando se hubiese consentido en la amenaza o violación de los derechos reclamados.*
- 6. Cuando hubiera cesado los efectos del acto reclamado.*

Y así se proclama directamente por el art. 61 CPC: *“La Acción de Protección de Privacidad podrá interponerse de forma directa, sin necesidad de reclamo*

administrativo previo, por la inminencia de la violación del derecho tutelado y que la acción tenga un sentido eminentemente cautelar”.

La única excepción prevista para la reivindicación de esta protección constitucional viene recogida en el art. 62 CPC: *“La Acción de Protección de Privacidad no procederá cuando se haya interpuesto para levantar un secreto en materia de prensa, cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado y cuando sea aplicable lo previsto en el Artículo 53 del presente Código”.* Como sabemos el mencionado artículo corresponde a los motivos de improcedencia de la Acción de amparo constitucional, y resultarían aplicables a este supuesto en cuanto la posible vulneración de estos derechos fueran cometidos por entidades o servidores públicos.

b) Legitimación activa y pasiva

En lo que respecta a la legitimación activa en el Art. 83 LTCP se siguen los mismos lineamientos normativos que lo establecido para la acción de amparo. Sin embargo, el art. 59 CPC ha desarrollado y precisado mucho este aspecto:

- 1. Toda persona natural o jurídica que crea estar afectada en su derecho, u otra persona a su nombre con poder suficiente.*
- 2. Las herederas o herederos de una persona fallecida, que crean que ésta ha sido afectada en su derecho a la privacidad, imagen, honra y reputación, cuando dicho agravio genere directamente la vulneración de los derechos de ellas o ellos, en virtud del vínculo de parentesco con la difunta o difunto.*
- 3. La Defensoría del Pueblo.*
- 4. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia.*

También resulta muy relevante en esta Acción la especificación que el art. 60 CPC hace de los sujetos sobre quienes recae la *legitimación pasiva*, algo que por su objetiva dificultad no había sido especificado en las Acciones anteriormente consideradas:

- I. *La Acción de Protección de Privacidad podrá ser interpuesta contra:*
 1. *Toda persona natural o jurídica responsable de los archivos o bancos de datos públicos o privados donde se pueda encontrar la información correspondiente.*
 2. *Toda persona natural o jurídica que pueda tener en su poder datos o documentos de cualquier naturaleza, que puedan afectar al derecho o la intimidad y privacidad personal, familiar o a la propia imagen, honra y reputación.*
- II. *En ambos casos, tendrá legitimación pasiva la persona natural o jurídica, pública o privada, que compile datos personales en un registro, que independientemente de tener o no una finalidad comercial, esté destinado a producir informes, aunque no los circule o difunda.*

Como puede apreciarse, la especificación que el legislador ha querido hacer de estos sujetos pasivos de la Acción tiene cuatro evidentes e inmediatas razones. Por un lado, precisar que la vulneración sobre los datos relevantes para la intimidad, el honor o la imagen de un sujeto puede perpetrarse tanto por una persona *natural* como *jurídica*, y que por tanto, contra ambos cabe interponer la Acción. En segundo lugar, que la responsabilidad se genera bien por tener la *posesión material* de datos o documentos, bien por ser *responsable* de la entidad que tiene archivos informáticos con esos datos. En tercer lugar, para subrayar que puede tratarse de personas naturales o jurídicas, tanto de ámbito *privado* como *público*. Y, finalmente, que dicha responsabilidad se genera también, *con independencia* de que la tenencia de ese tipo de datos se destine o no a la difusión pública o comercial.

c) Otros aspectos procesales

Los requisitos procesales básicos vienen establecidos en el Art. 84 LTCP y son paralelos a los ya contemplados para la Acción de amparo constitucional:

1. *Acreditar la personería del accionante.*
2. *Indicar el nombre y domicilio de la parte demandada o de su representante legal y el de los terceros interesados.*
3. *Exponer con claridad los hechos.*
4. *Identificar los derechos o garantías que se consideren vulnerados.*
5. *Acompañar la prueba en que funda su acción o señalar el lugar en que se encuentra; en este último caso la jueza, juez o tribunal al momento de disponer la citación de la persona o autoridad accionada, ordenará a quien corresponda presentar la prueba señalada, bajo responsabilidad; y*
6. *Fijar con precisión la tutela que se solicita para restablecer el derecho vulnerado.*

d) Resolución y efectos

El Art. 85 LTCP dispone que el fallo se pronunciara de manera fundamentada en la misma audiencia inmediatamente después de recibido la información del demandado y a falta de esta sobre la base de la prueba que ofrezca el accionante.

Con relación a los efectos, el Art. 86 LTCP señaló muy oportunamente, en aras de una deseable economía normativa, lo siguiente: “*Si la jueza, juez o tribunal declara procedente la acción, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyos registros fueron impugnados*”. No obstante, el art. 63 CPC ha reiterado esta misma disposición, alargándola innecesariamente con una extraordinaria y superflua prolijidad:

- II. *Si el Órgano Jurisdiccional considera probada la violación del derecho, podrá establecer la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal de la accionada o accionado de conformidad al Artículo 39 del presente Código.*

- III. *Si la acción fuese promovida por un acto ilegal o indebido, que impida conocer los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático en archivos de datos públicos o privados, la sentencia ordenará la revelación de los datos cuyo registro fuera impugnado.*
- IV. *Si la acción fuese promovida por un acto ilegal o indebido, que impida objetar los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético informático en archivos de datos públicos o privados, la sentencia determinará se admita la objeción del accionante.*
- V. *Si la acción fuese promovida por un acto ilegal o indebido, que impida obtener la eliminación o rectificación de datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático en archivos de datos públicos o privados, la sentencia ordenará la eliminación o rectificación de los datos del accionante*

e) Competencia para el conocimiento de la acción

De acuerdo con el art. 32 CPC:

- I. *La Acción de Libertad podrá interponerse ante cualquier Jueza, Juez o Tribunal competente, en Materia Penal. El resto de las acciones de defensa se interpondrán ante cualquiera de los siguientes Juzgados:*
 - 1. *En las capitales de Departamento, ante la Sala de turno de los Tribunales Departamentales de Justicia o ante los Juzgados Públicos de Materia.*
 - 2. *Fuera de las capitales de Departamento, ante los Juzgados Públicos o Juzgados Públicos Mixtos.*
- II. *El juzgado o tribunal competente será el del lugar en el que se haya producido la violación del derecho. Si en el lugar no hubiere autoridad judicial será competente la Jueza, Juez o Tribunal al que la parte pueda acceder por*

razones de cercanía territorial o mejores condiciones de transporte. Si la violación hubiese sido cometida fuera del lugar de residencia de la afectada o afectado, ésta o éste podrá presentar la acción, si lo estima pertinente, ante el juzgado o tribunal competente por razón del domicilio.

5.4. Acción de cumplimiento

La denominada *Acción de cumplimiento* tiene su origen en el art. 134 CPE, cuyo apartado I se expresa en los términos siguientes: *“La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”*.

Estamos, pues, ante un mecanismo dirigido directamente a garantizar el principio de supremacía de la Constitución y de aplicación efectiva de la ley por parte de los servidores públicos, designando como legitimados para invocarlo a cualesquiera personas, naturales o jurídicas, afectadas por tal incumplimiento. Así se consagra expresamente en el art. 134.II CPE: *“La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional”*.

5.4.1. Sentido de la Acción de cumplimiento en el Estado boliviano

Los Estados liberales de Derecho se caracterizaron, fundamentalmente, por establecer el ‘imperio de la Ley’ como expresión de la voluntad general, la división de poderes y el respeto a derechos y libertades fundamentales de corte individual. La Ley, emanada del órgano legislativo, que representaba la voluntad popular, se constituía en el

fundamento de todo el orden jurídico, relegando la Constitución a un simple documento de carácter político pero no normativo, puesto que la Ley aparecía como la expresión única, perfecta y legítima de la voluntad general y un posible control de la constitucionalidad de las leyes sólo podía concebirse como una contradicción de la propia soberanía que únicamente residía en el Parlamento, de ahí que todo lo emitido por el Parlamento ostentaba por principio la constitucionalidad³⁵⁷.

El tránsito de ese Estado (liberal) de derecho al Estado Constitucional de Derecho implicó, como ya hemos expuesto en los capítulos iniciales de esta tesis, considerar a la Constitución Política del Estado como una norma con contenido jurídico vinculante a todo poder y a la sociedad en su conjunto, y considerarla con valor normativo inmediato y directo. En consecuencia, la Constitución Política del Estado es entendida actualmente no sólo de manera formal, como reguladora de las fuentes del Derecho, de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales, sino como la Ley Suprema que contiene los valores, principios, derechos y garantías que deben ser la base de todos los órganos del poder público, en especial del legislador y del intérprete de la Constitución³⁵⁸.

Así pues, en el Estado constitucional de derecho, las Constituciones tienen un ambicioso programa normativo, con principios, valores, amplios catálogos de derechos y garantías, que vinculan a todos los órganos de poder y en general, a toda la sociedad y, en ese sentido, contienen diferentes mecanismos jurisdiccionales y un órgano especializado para velar el cumplimiento de sus normas, frente a su lesión o incumplimiento, dando vigencia al principio de supremacía constitucional. Precisamente por ello, el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de Derecho, pues se busca no sólo el sometimiento a la ley, sino a la Constitución, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema: “Los

³⁵⁷ MODERNE, F., *La estructura judicial francesa y el control constitucional*, Civitas, Madrid 1988, p. 90

³⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1991, p. 211.

operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de manera permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”³⁵⁹

En este sentido y de acuerdo con lo asumido por la SC 1017/2010 el modelo de Estado asumido en Bolivia, se constituye en un verdadero *Estado Constitucional de Derecho*, a partir de un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios y valores; además de establecer como fines y funciones fundamentales del Estado: el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución Política del estado (art. 8.4 de la CPE). Y se consagra de manera expresa el principio de supremacía constitucional en el art. 410 de la CPE, señalando en el primer párrafo que “Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”, añadiendo el segundo párrafo que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”.

La nueva perspectiva del principio de legalidad, importa una visión más amplia; es decir, que el principio de legalidad contiene en su matriz normativa al principio de constitucionalidad. Y resulta, por tanto, necesario implementar un mecanismo específico de garantía para que el principio de supremacía de la Constitución sea preservado a través del respeto absoluto al principio de legalidad por parte de los servidores públicos, en cuyo respeto vendrá también implícito el respeto al principio de constitucionalidad (a través del preceptivo sometimiento de toda ley a la revisión de TCP). La *Acción de cumplimiento* pretende responder a este mecanismo de garantía.

³⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neo constitucionalismo y ponderación judicial*, en *AFDUAM* n°5 (2001), p. 89

5.4.2. *Naturaleza jurídica de la Acción*

La *Acción de cumplimiento* ha sido y es objeto de controversia en el derecho comparado latinoamericano, especialmente en Colombia y Perú, países en los cuales está configurada como una acción de *legalidad* pues sólo procede ante el incumplimiento de la ley o del acto administrativo. En Colombia, la acción de cumplimiento no es conocida por la jurisdicción constitucional, en tanto que sí lo es en Perú, y, por ello, en ese país, se ha discutido sobre la naturaleza de esta acción.

Así, el Tribunal Constitucional Peruano, en una primera posición, asumió que la acción de cumplimiento era un proceso constitucionalizado, “que *prima facie* no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa”. Bajo ese criterio, al no resolverse controversias que versen sobre materia constitucional, no se formularía propiamente como un proceso constitucional (EXP. N° 191-2003-AC/TC).

Posteriormente, esa posición fue cambiada, asumiéndose que la *acción de cumplimiento* sí se formula como un proceso constitucional que protege el “derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos”, con los siguientes argumentos: “...el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que inciden en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere en el artículo 65° del código procesal constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surgen el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento” (Expediente N° 0168-2005-PC/TC).

En Colombia, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que la acción de cumplimiento no constituye un proceso constitucional, pues “la naturaleza de la controversia no versa directamente sobre una materia constitucional, sino, concretamente sobre un tópico que puede caracterizarse como de índole administrativa”.³⁶⁰ En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-157/98, señaló: "La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico, a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental”.

En Bolivia la situación es sustancialmente diferente, por cuanto la *Acción de cumplimiento* está configurada como un verdadero proceso constitucional de acuerdo a lo siguiente: a) Está configurada procesalmente por la Constitución Política del Estado; b) Su conocimiento y resolución es de competencia de la justicia constitucional; c) Tiene como objeto -conforme se verá- garantizar el cumplimiento de la Constitución y la Ley y, en tal sentido, protege el principio de supremacía constitucional y el principio -valor-derecho de la seguridad jurídica; d) Tutela de manera indirecta derechos fundamentales y garantías constitucionales, como se analizará posteriormente.

En efecto, en el ordenamiento boliviano, la *Acción de cumplimiento* está integrada por una serie de actos de procedimiento como la demanda, el informe, la audiencia, la resolución y posterior revisión por el Tribunal Constitucional, que la configuran como un ‘proceso constitucional autónomo’, de carácter extraordinario, y de tramitación especial y sumaria, en el que se reclama el cumplimiento de un deber omitido -constitucional o legal-; existiendo en tal sentido una pretensión, partes

³⁶⁰ CARPIO MARCOS, Edgar, “La Acción de cumplimiento”, en *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 443.

discrepantes, un procedimiento específico conforme al cual se desarrolla la acción, y un juez o tribunal que la resuelve.

Cabe resaltar que esta acción está prevista en la CPE como una acción *de defensa*, facultando a toda persona -individual o colectiva- para activar la justicia constitucional en defensa de la Constitución Política del Estado y de las normas jurídicas, ante el incumplimiento de deberes contenidos en ellas. Es una acción *sumaria*, ágil y expeditiva a favor del ciudadano, cuyo conocimiento compete a la justicia constitucional, que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, otorgando seguridad jurídica y materializando el principio de supremacía constitucional; de ahí que también se configure como una *garantía* prevista a favor de las personas ante el incumplimiento de deberes de la Constitución y de la Ley.

5.4.3. Contenido específico y diferencias con la Acción de amparo

La *Acción de cumplimiento*, de acuerdo al texto constitucional del art. 134 CPE, procede en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. En consecuencia, como ya hemos reiterado en diversas ocasiones, la Acción de cumplimiento tiene por objeto garantizar el principio de supremacía constitucional, el principio-valor-derecho de seguridad jurídica y, de manera indirecta, derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Cuando la CPE establece como objeto de esta acción el propio cumplimiento de la CPE y de la Ley, está haciendo referencia al cumplimiento de los deberes específicos previstos o impuestos en dichas normas puesto que, como señala el art. 134.II CPE: “*La autoridad judicial examinará los antecedentes y, si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido*”.

Consiguientemente, conforme al texto constitucional, resulta claro que el objeto de tutela de esta Acción está vinculado a garantizar el *cumplimiento de un deber*. Dicho deber puede estar contenido en:

a) Normas constitucionales, las cuales, como se ha visto, tienen un valor normativo inmediato y directo y a cuya observancia están obligados los servidores públicos y los particulares (art. 9.4, 108.1), 2) y 3) y 410 de la CPE).

b) La Ley, entendida no en el sentido formal -como originada en el órgano legislativo- sino material, sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, la legislación departamental y municipal, a cuyo cumplimiento también se obligan los particulares y los servidores públicos (arts. 14.V y 108.1 de la CPE).

Lo señalado no significa que la *Acción de cumplimiento*, de manera directa o indirecta, no tutele derechos y garantías; sino que su objetivo es garantizar el cumplimiento de deberes previstos en la Constitución Política del Estado y las leyes, sin perjuicio que la omisión del deber -constitucional o legal- se encuentre indisolublemente ligada al ejercicio -y por ende lesión- de derechos.

Si se asume dicha afirmación, corresponde establecer cuál es la diferencia existente entre la Acción de *amparo constitucional* por omisión y la Acción de *cumplimiento*, considerando que la primera, de acuerdo al art. 128 CPE, procede contra actos ilegales u omisiones ilegales o indebidas; y la segunda, procede ante el incumplimiento de disposiciones constitucionales o legales, que constituyen precisamente una omisión.

Para establecer una diferenciación, debe partirse del ámbito de protección de la acción de cumplimiento, cual es garantizar el *cumplimiento de un deber omitido*; deber que tiene que figurar de manera expresa y en forma específica en la norma

constitucional o legal. En ese entendido, el deber al que debe hacer referencia la norma constitucional, no puede ser genérico -como el cumplimiento de la ley- sino un deber concreto, que pueda ser exigido de manera cierta e indubitable a los servidores públicos; es decir, el deber tiene que derivar un mandato específico y determinado y debe predicarse de una entidad concreta competente³⁶¹.

Conforme a lo anotado, ante la omisión en el cumplimiento de un deber *claro, expreso y exigible*, que puede estar directa o indirectamente vinculado a la lesión de derechos fundamentales o garantías constitucionales, corresponde la presentación de la Acción de cumplimiento; en tanto que si el deber omitido no reúne las características anotadas, sino que se trata de un deber genérico, pero vinculado a la lesión de derechos o garantías fundamentales -como por ejemplo el deber de motivación de las resoluciones cuyo incumplimiento general lesiona al debido proceso- corresponde la formulación de la acción de amparo constitucional por omisión.

Bajo los lineamientos antes anotados, debe interpretarse el art. 87 LTCP, y que acaba de precisarse con el contenido 'ejecutivo' que a dicha acción le otorga expresamente el art. 64 CPC: "*La Acción de Cumplimiento tiene por objeto garantizar la ejecución de la norma constitucional o legal, cuando es omitida por parte de Servidoras o Servidores Públicos u Órganos del Estado*". Así pues, el carácter ejecutivo del deber impuesto por la norma constitucional o legal se constituye en criterio de orientación para el desarrollo de la presente acción.

Tanto una como otra norma sostienen que la acción de cumplimiento tiene por objeto la defensa de los derechos constitucionales de las personas naturales o jurídicas,

³⁶¹ Ése es el sentido que, por otra parte, le ha otorgado al deber omitido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-651/03 y el Tribunal Constitucional Peruano que ha establecido determinados requisitos para que se ordene el cumplimiento del deber omitido: *mandato vigente, cierto y claro, no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, deber ser ineludible y obligatorio cumplimiento y ser incondicional.*

garantizando el cumplimiento del deber omitido por parte de los funcionarios o autoridades públicos, a lo ordenado por la Constitución Política del Estado o la Ley.

En consecuencia, la realización de los derechos y garantías constitucionales se logra garantizando el cumplimiento del deber constitucional o legal *omitido*; pues, solo así se otorga certeza al Derecho como una condición esencial para el desarrollo, el desenvolvimiento de las personas, comunidades, naciones y pueblos, y el pleno goce y disfrute de los derechos; de ahí que la acción de cumplimiento resguarde, además el principio de supremacía constitucional y el principio-valor-derecho a la seguridad jurídica.

Sin embargo, de lo señalado por dichas normas (art. 87 LTCP y art. 64 CPC) no debe entenderse que la acción de cumplimiento únicamente procede cuando existe una lesión directa a un derecho fundamental o garantía constitucional presuntamente lesionada, pues, puede suceder que el incumplimiento de la norma o la Ley Fundamental no conlleve de modo directo su afectación, sino únicamente de manera indirecta.

Efectivamente, si el deber de cumplir lo dispuesto en las normas constitucionales y legales tiene su fundamento en el principio de supremacía constitucional, en la seguridad jurídica, y en la necesidad de garantizar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de derechos y garantías; el incumplimiento de dicho deber indubitablemente genera una amenaza para el normal desarrollo de los mismos y vulnera lo previsto por el art. 14.III de la CPE, que determina que *“El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las Leyes y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”*.

Conforme a ello, el objeto de la acción de cumplimiento es garantizar el cumplimiento de la Constitución Política del Estado y la Ley, tutelando así el principio de supremacía constitucional, el principio-valor-derecho de seguridad jurídica, y a su

vez, de manera indirecta -aunque también puede ser directa-, derechos fundamentales y garantías constitucionales.

5.4.4. Regulación legal de la Acción

Además de su consagración en el art. 134 CPE, la legislación infraconstitucional ha regulado la Acción de cumplimiento en los arts. 87-93 LTCP y en los arts. 64-67 CPC. Todo ello, también bajo el prisma procesal de lo previsto para la Acción de amparo constitucional que representa, como vimos, el paradigma para la regulación del resto de acciones constitucionales de defensa.

a) Carácter subsidiario

Respecto al carácter subsidiario, aunque la Constitución Política del Estado no establece de manera expresa ninguna norma, sí señala (art. 134.II de la CPE) que se tramitará de la misma forma que la acción de amparo constitucional y, como sabemos, ésta acción contiene dicho carácter. En todo caso, el art. 88 LTCP si dispone expresamente que *“esta acción procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley, siempre que no existan vías administrativas o judiciales para su eficaz protección”*. Confirmando, esta naturaleza subsidiaria, tanto el art. 89.5 LTCP como el art. 66.2 CPC determinan como causa de improcedencia de la Acción: *“Cuando el accionante no haya reclamado previamente y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal del deber omitido”*. De manera que, previamente a su presentación, habrá que haber solicitado su cumplimiento a la autoridad demandada, agotando los medios jurisdiccionales o administrativos existentes.

Junto al agotamiento de las vía ordinaria, también se establece lo que anteriormente hemos denominado *subsidiariedad relativa*; es decir, que los derechos presuntamente lesionados no puedan ser resarcidos o garantizados por ninguna de las otras acciones de defensa. Así lo dispone el art. 89.1 LTCP: *“Esta acción no*

procederá...: 1. Cuando los derechos omitidos puedan ser garantizados mediante acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad y Popular". Y con palabras similares, el art. 66.1 CPC afirma también el concurso previo de estas acciones: "*Cuando sea viable la interposición de las acciones de Libertad, Protección de Privacidad o Popular*". Remitiendo a un supuesto específico el posible concurso de la Acción de amparo (art. 66.4 CPC)

Además de las dos ya citadas, existen otras cuatro causas de improcedencia de la Acción, que son enumeradas por el art. 89 LTCP del siguiente modo:

- 2. Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como atribuciones propias por parte de una autoridad o funcionario.*
- 3. Cuando la demanda haya sido interpuesta después de transcurrido el plazo para interponerla.*
- 4. Contra la Asamblea Legislativa Plurinacional, con la intención de exigir la aprobación de una ley.*
- 6. Para el cumplimiento de sentencias judiciales o resoluciones administrativas que tengan autoridad de cosa juzgada*

Por otra parte, al igual que sucede con la Acción de amparo constitucional, la LTCP ha querido someter el ejercicio de la Acción de cumplimiento a un plazo de caducidad. Así se deduce del art. 89.3 LTCP que establece como causa de improcedencia de la Acción "*cuando la demanda haya sido interpuesta después de transcurrido el plazo para interponerla*". Aunque de manera expresa no se establece ningún plazo concreto ni en la CPE ni en la LTCP, algunos aludieron al plazo de *seis meses* previsto por la CPE para la Acción de amparo.

Sorprende, sin embargo, que la enumeración de causas de improcedencia de la Acción de cumplimiento que realiza el art. 66 CPC no coincida con las seis causas

consignadas por el art. 89 LTCP. En concreto, el art. 66 CPC tan sólo ha enumerado cinco causas de improcedencia:

1. *Cuando sea viable la interposición de las acciones de Libertad, Protección de Privacidad o Popular.*
2. *Cuando el accionante no haya reclamado previamente y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal del deber omitido.*
3. *Para el cumplimiento de sentencias judiciales que tengan autoridad de cosa juzgada.*
4. *En procesos o procedimientos propios de la administración, en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales, tutelados por la Acción de Amparo Constitucional.*
5. *Contra la Asamblea Legislativa Plurinacional con la intención de exigir la aprobación de una Ley.*

Como puede observarse, el art. 66 CPC ha omitido dos de las causas presentes en la LTCP: la n.2, referente a las potestades propias de una autoridad o funcionario cuando le son legalmente atribuidas, y la n.3, relativa al plazo para interponer la Acción. Y ha incorporado una nueva (art. 66 n.4 CPC) que no aparece entre las enumeradas por el art. 89 LTCP, y que excluye la posibilidad de interponer la Acción de cumplimiento cuando se trata de derechos o garantías constitucionales protegidos por la Acción de amparo.

Esta combinación de omisiones y nueva incorporación puede generar serios problemas interpretativos, por cuanto habrá que resolver la antinomia provocada por la incongruencia de ambas normas. Para ello, como sabemos, procede invocar los tres criterios clásicos de resolución de antinomias que ha planteado la doctrina³⁶²: el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Si acudimos al criterio *jerárquico*, debería prevalecer la ley de mayor rango, pero en este caso ambas leyes (LTCP y CPC)

³⁶² TALAVERA, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, cit., p. 87-95.

tienen el mismo rango infraconstitucional; de manera que no podemos, en principio, establecer una jerarquía normativa entre ellas. Así pues, debemos acudir al segundo de los criterios, el *cronológico*, en virtud del cual debe prevalecer la ley posterior sobre la anterior. De acuerdo con esto, en este caso deben prevalecer las previsiones del CPC sobre las de la LTCP. Esta interpretación estaría avalada también por el concurso del criterio de *especialidad*, en virtud del cual la ley especial prevalece sobre la general; también de acuerdo a este criterio, las previsiones del CPC prevalecerían sobre la LTCP.

Como consecuencia de lo expuesto, cabría extraer varias conclusiones. En primer lugar, debemos afirmar que la omisión de estas dos causas de improcedencia en la enumeración realizada por el art. 66 CPC habría que considerarla deliberadamente decidida por el legislador (en base al principio “*ubi voluit dixit ubi noluit tacuit*”). Por consiguiente, la Acción de cumplimiento procederá, aunque la cuestión afecte al ejercicio de potestades expresamente atribuidas por la ley a una autoridad o funcionario.

En segundo lugar, también cabe afirmar que la Acción de cumplimiento no está sometida a plazo alguno, puesto que estar fuera de plazo ha sido expresamente omitido como causa de improcedencia. En todo caso, que no esté sometida a plazo puede resultar coherente con el motivo último de esta acción de defensa: preservar y garantizar la supremacía constitucional y su reflejo en el respeto al principio de legalidad. En efecto, la vulneración de normas constitucionales o legales (por acción u omisión) que, además, lesionan derechos, no debe prescribir nunca. No obstante, dejar indefinidamente abierta una posible acción de esta magnitud puede generar un nivel de inseguridad jurídica grande y acabar perjudicando derecho de terceros.

En tercer lugar, la nueva causa de improcedencia, introducida por el art. 66.4 CPC adquiere plena efectividad y supone excluir la Acción de cumplimiento cuando pudiera en colisión con el objeto propio de la Acción de amparo. Pero no se acaba de ver la razón por la cual se significa específicamente esta causa y se precisa que deba ser en el contexto de procesos administrativos (omitiéndola del resto de acciones enumeradas en

el art. 66.1CPC), siendo así que tal circunstancia ya está prevista y (también) expresamente incluida en el art. 89.1 LTCP, cuando se alude como causa de improcedencia el que no sea posible garantizar los derechos a través del resto de acciones de de defensa.

b) Legitimación activa

El art. 134.II CPE contiene unas previsiones similares a las contempladas para el amparo constitucional, señalando que la Acción de cumplimiento se “*interpondrá por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la acción de amparo constitucional*”. Sin embargo, la diferencia radica en que en la acción de cumplimiento no es exigible la existencia de un agravio directo -aunque esto puede presentarse- con la omisión del deber previsto en la Ley Suprema y la ley sino que el agravio puede ser indirecto; pues, como se tiene señalado, el incumplimiento de la norma constitucional o legal impide el cumplimiento de la garantía contenida en el art. 14.III de la CPE; es decir, el pleno, libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política del Estado, las Leyes y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En ese sentido, cuando el art. 134.II CPE hace referencia a que la acción *debe presentarse por la persona individual o colectiva afectada*, no exige una afectación directa de intereses, derechos o garantías, que implique la demostración de la amenaza o lesión de los mismos, sino una afectación indirecta, que se traduce en la incertidumbre sobre el pleno goce y ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, del incumplimiento de reglamentar una ley que reconozca determinados derechos, se deriva la inseguridad en el pleno ejercicio de los mismos y, por tanto, la afectación indirecta de los titulares de esos derechos.

En este sentido el art. 90 LTCP amplía la legitimación al Defensor o Defensora del Pueblo. Y el art. 65 CPC amplía mucho más el elenco de sujetos con legitimación activa para interponer esta Acción:

2. *Toda persona natural o jurídica que crea estar afectada por la omisión del cumplimiento de una disposición constitucional o de la Ley, u otra persona en su nombre con poder suficiente.*
3. *El Ministerio Público.*
4. *La Defensoría del Pueblo.*
5. *La Procuraduría General del Estado.*
6. *La Defensoría de la Niñez y la Adolescencia.*

c) *Legitimación pasiva*

De acuerdo al citado art. 134 de la CPE, la acción de cumplimiento procede en caso de vulneración de disposiciones constitucionales o legales por parte de servidores públicos. En consecuencia: ¿a quiénes debemos considerar servidores públicos y, por tanto pasivamente legitimados para interponer contra ellos esta acción de defensa?

Para ello, debemos acudir al art. 233 CPE, “*Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas. Las servidoras y servidores públicos forman parte de la carrera administrativa, excepto aquellas personas que desempeñan cargos electivos, las designadas y los designados, y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento*”.

Conforme a lo anotado, la *Acción de cumplimiento* puede ser presentada contra cualquier servidor público; término que abarca a los servidores públicos de carrera, a los designados, electos, de libre nombramiento o, finalmente, provisorios, tanto del órgano ejecutivo como del legislativo, judicial o electoral, así como a los funcionarios de los órganos de control y defensa de la sociedad y del Estado (Contraloría General del

Estado, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Procuraduría General del Estado), Fuerzas Armadas, Policía Boliviana y funcionarios de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

En ese sentido, se puede concluir que no existen zonas exentas de control en el ámbito de la *Acción de cumplimiento*, pues tienen legitimación pasiva todos los servidores públicos que omitan cumplir con un deber claro, expreso y exigible, constitucional o legal. No obstante, debemos hacer notar que la legitimación pasiva para ser demandados a través de esta acción afecta a los servidores públicos en cuanto que tales; es decir en cuanto a su condición institucional de funcionarios o autoridades públicas y en el ejercicio oficial de la misma, no en cuanto a su condición de particulares y en el desarrollo de actividades privadas.

d) Cuestiones procedimentales

De acuerdo al art. 134.II CPE, la *Acción de cumplimiento* se tramitará de la misma forma que la acción de amparo constitucional y, de acuerdo al párrafo III del mismo artículo, la resolución final se pronunciará en audiencia pública, inmediatamente recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de ésta lo hará sobre la base del prueba que ofrezca el demandante. Si la autoridad judicial encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido. La decisión será elevada, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda su ejecución (art. 134.IV CPE).

“La decisión final que conceda la Acción de Cumplimiento será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia, se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley” (art. 134.V CPE).

Como la tramitación de esta acción se sujeta al procedimiento previsto para la acción de amparo constitucional, le es aplicable el trámite previo de improcedencia *in límine* y rechazo que fue diseñado jurisprudencialmente a partir de la SC 0505/2005-R de 10 de mayo.

En ese entendido, antes de la admisión de la acción de cumplimiento, el juez o tribunal, deberá analizar si existe alguna causal de improcedencia, para en su caso, declarar la improcedencia *in límine* de la acción; entendiéndose que las causales aplicables a la acción de cumplimiento, son las siguientes:

- 1) Existencia de recursos administrativos o judiciales para exigir el cumplimiento de la norma constitucional o legal omitida.

- 2) Cuando se alegue lesión a derechos y garantías que puedan ser tutelados a través de las acciones de amparo constitucional y protección de privacidad, y no exista un deber constitucional o legal, cierto claro y exigible, en los términos anotados en la presente sentencia. En el caso de las acciones de libertad y popular, dado el trámite sumarísimo y las especiales características de estas acciones, así como la naturaleza de los derechos tutelados, aún exista un deber constitucional o legal cierto claro y exigible, deberán presentarse esas acciones y no la de cumplimiento para lograr el resguardo de los derechos que protegen esas acciones.

- 3) Cuando hubiere transcurrido el plazo de caducidad previsto en el art. 129.II de la CPE, computable desde la notificación con la última resolución o acto que evidencie el incumplimiento del deber y, en caso de no existir resolución, a partir del vencimiento del plazo contenido en la norma para pronunciar la resolución o para tener como respondida la solicitud, aplicándose para el efecto, cuando corresponda, la Ley del Procedimiento Administrativo.

En todo caso, se tomarán como criterio de orientación, las causales de improcedencia contenidas en el art. 89 LTCP, norma que señala que no procederá esta acción:

- 1. Cuando los derechos omitidos puedan ser garantizados mediante acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad y Popular.*
- 2. Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como atribuciones propias por parte de una autoridad o funcionario.*
- 3. Cuando la demanda haya sido interpuesta después de transcurrido el plazo para interponerla.*
- 4. Contra la Asamblea Legislativa Plurinacional, con la intención de exigir la aprobación de una ley.*
- 5. Cuando el accionante no hay reclamado con anterioridad y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal o administrativo del deber omitido.*
- 6. Para el cumplimiento de sentencias judiciales o resoluciones administrativas que tengan calidad de cosa juzgada.*

En igual sentido, antes de la admisión de la *Acción de cumplimiento*, el juez o tribunal deberá analizar si se cumplieron con los requisitos para su presentación, basándose en lo prescrito por el art. 97 de la LTCP -en mérito a que esta acción sigue en su trámite el procedimiento para el amparo constitucional- y siguiendo como criterio de orientación la norma contenida en el art. 91 de la LTCP.

En ese sentido, deberá analizar si se cumplen con los siguientes requisitos: i) Acreditar de la personería del accionante; ii) Nombre y domicilio de la parte demandada o su representante legal; iii) Acompañar la Resolución o el acto administrativo que

acredite el incumplimiento del deber constitucional o legal omitido, y en caso de no existir dicha resolución, adjuntar la prueba pertinente que demuestre la presentación de la impugnación o la solicitud de cumplimiento y, en su caso, explicar que son aplicables las normas sobre la ley de procedimiento administrativo respecto a los efectos del silencio administrativo; iv) Exponer con precisión y claridad los hechos que sirven de fundamento; v) Identificar los derechos o garantías que se consideren vulnerados directa o indirectamente; en ese sentido, no es requisito exigir que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento del deber constitucional o legal omitido y el derecho o garantía supuestamente vulnerado; y, vi) Precisar la renuencia del deber constitucional y legal omitido.

Los tres primeros requisitos, al igual que en la Acción de amparo constitucional, se constituyen en requisitos de forma y, por tanto subsanables en el plazo de 48 horas, de conformidad a lo dispuesto en el art. 98 LTCP; en tanto que los tres últimos, se constituyen en requisitos de fondo y, por tanto, insubsanables.

Conforme a lo anotado, si no se subsanan los requisitos de forma en el plazo de 48 horas otorgado por el juez o tribunal de garantías, la acción debe ser rechazada, y si se incumplen con los requisitos de fondo, el juez o tribunal deberá rechazar *in límine* la acción; sin perjuicio de su impugnación ante la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional; así como también cuando la acción de cumplimiento es presentada dentro de un proceso judicial o administrativo.

5.4.5. La Acción de cumplimiento y las resoluciones judiciales

De acuerdo a la doctrina expuesta y en congruencia con legislación y jurisprudencia comparada, la *Acción de cumplimiento* no procede para exigir la realización de normas (y tampoco de resoluciones) dentro de los procesos judiciales, por cuanto, por una parte, dicha labor es propia del órgano jurisdiccional y, por otra, porque el cumplimiento de las normas puede ser exigido por los procedimientos o mecanismos previstos por las mismas leyes, dependiendo del tipo de proceso del que se trate.

Efectivamente, de acuerdo al principio de separación de funciones, previsto en el art. 12 CPE, el órgano judicial es el encargado de aplicar las normas para resolver los problemas jurídicos que se le presenten, y en el desarrollo de dicha función, evidentemente deberá cumplir con los deberes que las normas le imponen. Es el juez quien, previo análisis del caso, determinará la aplicación de una u otra norma, pues esa es la actividad propia de su función; en ese sentido, no resulta admisible que el juez constitucional, vía acción de cumplimiento obligue a la autoridad judicial a aplicar o no determinada norma, pues eso implicaría un exceso de la justicia constitucional, desnaturalizando los fines y funciones de la justicia constitucional, que se traducen en velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales (art. 196.I de la CPE).

Por otra parte, debe considerarse que dentro de los procesos judiciales, las normas procesales establecen los medios de reclamo o impugnación para las partes y que mediante estos se cumpla con determinado deber jurídico por parte del juzgador; en ese entendido, son esos medios específicos los que deben ser utilizados por los sujetos procesales dentro de los procesos judiciales y, en su caso, una vez agotados dichos medios, acudir a la justicia constitucional a través del amparo constitucional por omisión para solicitar la tutela por lesión a la garantía del debido proceso.

Lo anotado precedentemente, no significa que las autoridades judiciales carezcan de legitimación pasiva en la acción de cumplimiento, pues dicha conclusión no sería coherente con la configuración amplia y general prevista en la Constitución Política del Estado, que ha sido desarrollada en el punto anterior, sino que dichas autoridades pueden ser demandadas cuando el incumplimiento del deber constitucional o legal, cierto, claro y expreso, se dé fuera de los procesos judiciales.

5.5. La Acción Popular

La *Acción popular*, instituida por la Constitución Política del Estado como una acción tutelar de carácter preventivo y restaurador de los derechos e intereses colectivos, procede contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas, individuales o colectivas, que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución (art. 135 CPE).

Abundando en este ámbito de protección, el Art. 94 LTCP se limita a reiterar el objeto de esta acción de defensa: *“precautelar los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución Política del Estado”*. Completado, a continuación, por el art. 95 LTCP, en relación con los sujetos pasivamente legitimados, también enumerados por la CPE: *“La Acción procede contra todo acto u omisión de autoridades o personas individuales o colectivas que vulneren o amenacen esos derechos”*.

5.5.1. Naturaleza jurídica de la Acción popular

La jurisprudencia constitucional anterior, determinó y desarrolló con claridad los tres elementos fundamentales que caracterizan esta acción, heredada del sistema anterior: *“Se encuentra revestida de características comunes al amparo constitucional, como ser: Generalidad, sumariidad e inmediatez*. La primera referida a que puede ser interpuesta por cualquier persona a título individual o en representación de una colectividad, sin poder expreso, contra aquella persona natural o jurídica, o contra la autoridad pública cuya actuación y omisión se considere que amenaza o viola el derecho o interés colectivo; y con carácter obligatorio debe ser ejercida por el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando en el desempeño de sus funciones tengan conocimiento de estos actos.

La sumariedad, responde a la naturaleza de la tutela efectiva, en cuanto a la forma de inicio y conclusión de la acción, se llevará a cabo en plazos muy breves y en una sola audiencia donde se producirá toda la prueba necesaria, en la que se emitirá la resolución final, sin perjuicio de su remisión ante el Tribunal Constitucional para revisión, cumpliendo similar procedimiento al establecido para la acción de amparo constitucional.

La inmediatez, ligada íntimamente al principio anterior, busca proteger de manera oportuna el derecho o garantía y por eso, su configuración procesal es sencilla y expedita para la protección inmediata del derecho, despojada de todo trámite e incidente que podría demorar la tutela. Se refiere a la rapidez en su tramitación, aclarándose que a diferencia del amparo, no es necesario agotar la vía judicial o administrativa, por tanto, no se rige por el principio de subsidiariedad, conforme a la previsión contenida en el art. 136.I de la CPE, que dispone: *'La Acción Popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos. Para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir'*.

Tampoco se rige a términos mínimos ni máximos para su interposición; es decir, no tiene un plazo expreso de caducidad, dado que conforme a la norma constitucional desarrollada precedentemente, la única exigencia es que la acción debe ser presentada durante el tiempo que subsista la vulneración o amenaza de los derechos e intereses colectivos.

En cuanto a su ámbito de protección, el art. 135 de la CPE, dispone que son los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza, entre estos últimos se encuentran: Los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30 de la CPE), derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y

consumidores (art. 75 de la CPE), derechos de las personas con discapacidad (art. 70 de la CPE), derecho a la paz (art. 10.I de la CPE), etc.”³⁶³.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, la SC 1018/2011-R precisó aun más la naturaleza sustantiva y procesal de la *Acción popular*. En efecto, está integrada por una serie de procedimientos como la demanda, el informe, la audiencia, la resolución y posterior revisión por el Tribunal Constitucional, que configuran un proceso constitucional autónomo, de carácter extraordinario, tramitación especial y sumaria, en el que se impugna la lesión de derechos colectivos o difusos. Existe en tal sentido una pretensión, partes discrepantes, un procedimiento específico conforme al cual se desarrolla la acción, y un juez o tribunal que la resuelve.

Cabe resaltar que esta acción está prevista en nuestra Ley Fundamental como una acción de *defensa*, entendiéndola como el derecho que tiene toda persona -individual o colectiva- de solicitar la protección a sus derechos e intereses colectivos -o difusos-; de ahí que también se configure como una garantía prevista por la Ley Superior, con una triple finalidad: 1) Preventiva, evitando que una amenaza lesione los derechos e intereses bajo su protección; 2) Suspensiva, por cuanto tiene como efecto hacer cesar el acto lesivo a los derechos e intereses tutelado en la acción; y, 3) Restitutoria, por cuanto se restituye el goce de los derechos colectivos afectados a su estado anterior³⁶⁴.

5.5.2. La activación simultánea de instancias paralelas

El art. 136.I de la Constitución Política del Estado señala que “*La acción popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los*

³⁶³ Vid. SC 0788/2011-R de 30 de mayo.

³⁶⁴ Esta acción ha sido recogida también por la legislación colombiana con similares características; es así que el art. 2 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998 promulgada en dicho país, señala que: “Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. Criterio que responde perfectamente a nuestra realidad nacional y por lo tanto aplicable a los casos concretos.

derechos e intereses colectivos. Para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que puede existir”.

Conforme a ello, resulta claro que la *Acción popular* no está regida por el principio de subsidiariedad, lo que significa que es posible presentarla directamente sin que sea exigible agotar con anterioridad la vía judicial o administrativa que pudiere existir para la restitución de los derechos presuntamente lesionados. Así lo dispone expresamente el art. 70 CPC.

Por otra parte, la acción puede interponerse en tanto persista la lesión (o la amenaza de lesión) a los derechos e intereses colectivos afectados; consiguientemente, no se contempla la existencia de un plazo de caducidad para esta acción de defensa; conclusión que, por otra parte, concuerda con lo establecido en el art. 59 LTCP, que la excluye expresamente (junto con la acción de libertad) del plazo de seis meses establecido para la presentación de las acciones de amparo constitucional, de protección de privacidad y de cumplimiento.

No obstante, procede plantearse qué sucede con esta acción cuando antes de su interposición se acudió a la vía jurisdiccional o administrativa, pero pasado un tiempo prolongando dicha instancia no resolvió el reclamo o bien lo solucionó emitiendo una resolución que no se ha cumplido o ejecutado, o no se extreman esfuerzos en caso de incumplimiento. En ese contexto, la respuesta debe ser negativa con carácter general; es decir, una vez que se ha iniciado una vía jurisdiccional o administrativa para reivindicar un derecho de este tipo o para invocar su protección contra una presunta vulneración, es ésta vía a la que corresponde solucionar la demanda correspondiente. Así se ha expresado el TC señalando que la *Acción popular* no puede convertirse en un mecanismo adicional o alternativo para obtener una decisión favorable, porque es un mecanismo excepcional que garantiza la protección de los derechos colectivos amenazados o lesionados por la acción y omisión de las autoridades correspondientes o de los particulares.

Sin embargo, ha sido la doctrina del propio TC la que permite establecer una excepción a este principio general negativo, en el caso de que se hubiere activado una vía paralela o simultánea, pero se diera un incumplimiento o desatención del petitorio por un lapso dilatado de tiempo. En ese caso, como subraya el TC, no puede obviarse que la acción popular se rige por el principio de *inmediatez* en la garantía y defensa de los derechos presuntamente vulnerados, lo que implica y exige una atención oportuna y el restablecimiento del derecho o garantía de manera *inmediata*, ante una evidente vulneración. En consecuencia, cuando la solución efectiva a la demanda interpuesta en la vía jurisdiccional o administrativa se retrasa ostensiblemente, la vía de la *Acción popular* adquiere plena legitimidad.

En definitiva, la *Acción popular* no se rige por el principio de subsidiariedad; es decir, no se requiere agotar las instancias inferiores para pretender su protección; precisamente por ello, la activación simultánea o paralela de estas otras vías de reclamación, inviabiliza su admisión porque daría lugar a una duplicidad de fallos. No obstante, esta regla encuentra su excepción cuando pese a dicha activación, la vulneración de los derechos protegidos por esta acción aún persiste, sea porque no se atendió oportunamente la demanda de protección, sea porque se emitió una resolución favorable pero se dilata su ejecución más allá de un tiempo prudencial (que en todo caso no podrá exceder los veinte días, plazo determinado en la Ley de Procedimiento Administrativo, en caso de silencio administrativo, aplicable por analogía, ante la falta de respuesta a una petición realizada ante la Administración Pública).

Respecto al silencio administrativo negativo, la SC 0723/2010-R de 26 de julio, estableció: “Refiriéndonos a naturaleza jurídica y efectos de la institución jurídica denominada 'silencio administrativo', dentro del 'bloque de legalidad administrativa', ésta constituye una verdadera garantía constitucional para el administrado, en virtud de la cual, se asegura y resguarda el derecho de petición en sede administrativa, consagrado en el art. 24 de la CPE. En este contexto, utilizando el método teleológico aplicable a la interpretación constitucional, se tiene que la finalidad de esta institución jurídica, es la de asegurar una respuesta pronta y oportuna a las peticiones realizadas ante la

Administración Pública, dando al administrado certeza jurídica y evitando que este se encuentre en estado de incertidumbre indefinida, por tanto, en la economía jurídica administrativa boliviana, una vez ejercido el derecho de petición por el administrado, en caso de no recibir respuesta por parte de la administración pública y transcurrido el plazo establecido por la norma, opera el silencio administrativo negativo...”.

Por tanto, ante la falta de una respuesta o ejecución de una decisión sobre las cuestiones planteadas, dentro del plazo de veinte días, operará el silencio administrativo, quedando expedita la vía de la acción popular. Presupuesto aplicable únicamente en caso de activación de otra instancia, de lo contrario, cuando previo a la interposición de este medio de defensa, no se acudió a ninguna otra vía, en virtud al principio de inmediatez de la acción, ésta deberá ser resuelta directamente por el órgano de justicia constitucional.

5.5.3. *El carácter ‘colectivo y difuso’ de los derechos protegidos*

Como se tiene mencionado, la *Acción popular* es de naturaleza preventiva y restitutoria de los derechos e intereses colectivos. Así pues, tratándose de una acción de defensa, estamos ante un mecanismo *preventivo*, toda vez que se activa para prevenir la posible violación de los derechos e intereses colectivos. Es decir, el sentido de su existencia radica en que los derechos e intereses tutelados por ella son de orden superior a los meramente privados o individuales, ya que conciernen a una colectividad o comunidad humana; precisamente por ello, evitar que se consume el daño hipotético es una exigencia ineludible; por lo cual, ante la simple amenaza fundada de violación de estos derechos tiene necesariamente que activarse esta vía de defensa³⁶⁵.

³⁶⁵ RIVERA SANTIVANEZ, J.A., *Jurisdicción Constitucional...*, cit. p. 490. El autor se refiere concretamente a la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia C-215 de 1999, señalado que un rasgo esencial de las acciones populares es su naturaleza *preventiva* “(...) desde su remoto origen en el derecho romano fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia el daño”

Esta condición preventiva está expresamente prevista por el Art. 136.I de la CPE por cuyo mandato la *Acción popular* podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos (norma reiterada por el art. 96 LTCP y por el art. 70 CPC). Pero lo sustancial en esta Acción radica en el ámbito de protección tutelado por ella: *los derechos e intereses colectivos*. En efecto, para precisar lo que debemos entender por tales, hemos de acudir necesariamente a la doctrina constitucional (SC -1018/2011 –R) y al derecho comparado (en especial al derecho colombiano que contempla una acción similar).

De acuerdo al texto constitucional contenido en el art. 135 CPE, la Acción popular procede contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución Política del Estado.

Esta norma (reiterada tanto en la LTCP como en el CPC), plantea dos problemas esenciales para la determinación del ámbito de protección de esta acción: a) la definición de ‘intereses y derechos colectivos’; b) la aparente exclusión de los intereses y derechos difusos. Para resolver ambos problemas, es preciso distinguir los intereses y derechos colectivos de los difusos y, luego, efectuar una interpretación de dicho texto constitucional.

a) Intereses ‘colectivos’ e intereses ‘difusos’

Los intereses colectivos y los difusos tienen varias similitudes: en ambos existe una pluralidad de personas y tienen como características el ser transindividuales e indivisibles, debido a que los intereses incumben a una colectividad y la lesión o satisfacción de uno de los interesados incumbe a los demás; sin embargo, se distinguen en que los colectivos son intereses comunes a un grupo o colectividad, cuyos miembros

tienen una vinculación común (colectividad que, por ello, se encuentra claramente determinada); en tanto que son difusos los intereses cuya titularidad no descansa en un grupo o colectividad determinada, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad.³⁶⁶

Así, por ejemplo, el *derecho a la libre determinación y territorialidad*, previsto en el art. 30.4) de la CPE, se constituye en un derecho colectivo, en tanto es titular del mismo una nación y pueblo indígena originario campesino; es decir, un grupo determinado cuyos miembros tienen una vinculación común. Diferente es el *derecho al medio ambiente*, previsto en el art. 33 CPE, que se constituye en un derecho difuso, por cuanto la titularidad del mismo descansa en todas y cada una de las personas y, por lo mismo no existe un grupo o una colectividad claramente determinada.

La distinción efectuada, no es compartida por otro sector de la doctrina, que considera como sinónimos a los intereses difusos y colectivos, e inclusive, la legislación colombiana únicamente hace referencia a los derechos colectivos, entre los que se incluyen, claro está, a los intereses difusos.

Por su parte, cabría también identificar los intereses de *grupo* (o intereses individuales homogéneos) en los que, si bien existe una pluralidad de personas; empero, el interés que persigue cada una de ellas es individual, no colectivo ni difuso; es decir, se trata de derechos o intereses individuales que tienen un origen común, por ello han sido denominados como intereses accidentalmente colectivos. En los intereses de grupo, las personas demandan la satisfacción de sus intereses individuales para que se les reconozca el perjuicio ocasionado y se les pague la indemnización que corresponda; es más, puede alegarse lesión a derechos colectivos o difusos, empero, debe existir una afectación directa a sus intereses individuales.

³⁶⁶ OVALLE FAVELA, J., “*Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos*”, en similar sentido: SABSAY, D., “El Amparo como garantía para los derechos fundamentales” en: http://www.eclac.org/dmaah/noticias/paginas/7/27987/Daniel_Sabsay.pdf.

En ese sentido, por ejemplo, se pronunció la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-215/99, al señalar que “Las acciones de grupo o de clase (art. 88, inciso segundo, C.P.) ...se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. En este caso, se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de *class action*”.

b) La protección de derechos e intereses colectivos y difusos en la CPE

Como se ha señalado, de acuerdo con la CPE, la *Acción popular* procede contra actos u omisiones que amenacen violar o violen derechos e intereses *colectivos*, sin hacer referencia a los intereses *difusos*; sin embargo, dicha norma debe ser interpretada sistemáticamente y, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que el mismo art. 135 CPE hace referencia, como derechos e intereses protegidos, al patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública; los cuales, con base en la distinción efectuada en el punto anterior, son específicamente considerados difusos y no así colectivos.

Consiguientemente, a partir de una interpretación sistemática del art. 135 CPE, se debe concluir que la *Acción popular* protege, además de derechos e intereses estrictamente colectivos, protege también los derechos e intereses difusos -ambos contenidos genéricamente bajo el *nomen iuris* “*Derechos Colectivos*”- y, en ese sentido, cualquier persona perteneciente a colectividad o comunidad afectada puede presentar esta acción que, como su nombre indica, es popular.

Cabe aclarar que los *intereses de grupo* no encuentran protección en la *Acción popular*, pues, como se ha señalado, en esos casos no existe un interés común -colectivo

ni difuso-, sino un interés individual que, en todo caso, podrá ser tutelado a través de la acción de amparo constitucional, previa unificación de la representación.

Asimismo, se debe hacer referencia a que la Constitución Política del Estado, a través de una cláusula abierta, permitirá la integración de otros derechos similares, a partir del bloque de constitucionalidad y el Derecho Internacional de Derechos Humanos.”

5.5.4. Legitimación activa y pasiva

De acuerdo con el art. 136.II CPE y con el art. 97 LTCP, la *acción popular* puede ser formulada por cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando en el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de actos que lesionen los derechos tutelados por esta acción; legitimación amplia que se justifica por el carácter colectivo y difuso de los derechos que resguarda dicha acción. El art. 69.3 CPC ha extendido también la legitimación activa a la Procuraduría General del Estado.

Así pues, la acción popular puede ser presentada por cualquier persona cuando ésta alegue lesión a derechos o intereses colectivos o difusos; legitimación amplia que se justifica por la naturaleza e importancia fundamental de esos derechos. Sin embargo, conviene precisar que cuando se pretenda a través de esta acción la tutela de derechos o intereses específicamente ‘colectivos’, en mérito a que la titularidad de los mismos corresponde específicamente a un grupo o colectividad, la acción podrá ser presentada por cualquier persona siempre que ésta pertenezca a dicha colectividad (o bien por medio de otra a su nombre, sin necesidad de mandato).

Como ya hemos señalado, la acción popular procede contra todo acto y omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen violar los derechos e intereses protegidos por dicha acción (art. 135 CPE; art. 95 LTCP; art. 68

CPC). Así pues, la Acción popular no conoce restricciones en este campo, ya que puede ser presentada tanto contra particulares, como contra personas jurídicas y contra servidores públicos. En este último caso, de conformidad al art. 233 CPE, se trata de servidores públicos de carrera; es decir, a los designados, electos, de libre nombramiento o, finalmente, provisorios, tanto del órgano ejecutivo como del legislativo, judicial o electoral, así como a los funcionarios de los órganos de control y defensa de la sociedad y del Estado (Contraloría General del Estado, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Procuraduría General del Estado), Fuerzas Armadas, Policía Boliviana y funcionarios de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

Por otra parte, en las acciones de amparo constitucional, el TCP ha señalado de manera reiterada que tratándose de tribunales u órganos colegiados, tienen legitimación pasiva todos los miembros que asumieron la determinación o resolución impugnada (SSCC 0059/2004-R, 0711/2005-R, 0554/2006-R, entre otras). Dicha regla, *prima facie*, debe ser aplicada también a las acciones populares en las que, aun pudiendo ser presentadas sin agotar otros medios de impugnación existentes, debe prevalecer la naturaleza de los derechos protegidos que requieren protección inmediata.

Dicho entendimiento, por otra parte, resulta coherente con lo establecido en el art. 98 LTCP, que entre los requisitos de la acción popular, al hacer referencia a la parte demandada, señala: “Indicar el nombre y domicilio de la parte demandada o de su representante legal”; no siendo imprescindible, por ende, identificar a todos los que componen el órgano colegiado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a partir de la SC 1351/2003-R, estableció también como sub regla la notificación de los terceros interesados dentro del recurso –la actual acción- de amparo constitucional, precautelando el derecho a la defensa de quienes podrían resultar afectados con la Resolución a pronunciarse como efecto de la ahora acción de defensa.

Dicha sub regla también debe ser aplicada a la acción popular, pues, es innegable que, en muchos casos, de concederse la tutela, se podría afectar los intereses de terceras personas; es por ese motivo que, precautelando el derecho que tienen a ser oídos, es que los jueces y tribunales que conozcan esa acción deben disponer la notificación de los terceros interesados.

Dicho criterio, por otra parte, se encuentra señalado en el art. 61 LTCP, que establece el procedimiento a seguirse en las acciones de amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular, y que señala, en el numeral 4. que “Las juezas, jueces y tribunales deberán disponer la notificación al tercero interesado que pueda ser afectado en sus derechos e intereses, bajo responsabilidad penal”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Bolivia ha tenido muchas y muy diversas constituciones, pero ninguna de ellas ha marcado tanto al país como la aprobada en 2009, mediante la cual se constituye el Estado sobre la base de una *nueva realidad plurinacional*. Este hito en la historia política y constitucional de Bolivia ha tenido extraordinarias consecuencias jurídicas que han transformado por completo el modo de concebir la legislación y la jurisdicción y han dado lugar a una modificación radical en el modelo de Estado de Derecho que operaba en ese país. Su repercusión ha alcanzado a todas las piezas clave del sistema: la interpretación y aplicación de las leyes, el acceso y composición de la magistratura, la propia función y composición del Tribunal Constitucional Plurinacional y, particularmente, al modo en el que éste debe realizar la tarea fundamental del control de constitucionalidad de las leyes.

SEGUNDA.

Dos son los ejes fundamentales sobre los que se cimenta el nuevo modelo de Estado: Por un lado, la fuerte relevancia que adquiere el valor (moral, político y jurídico) de la plurinacionalidad, hasta el punto de que dicho valor se constituye en el “hecho fundante básico” del propio Estado (Plurinacional) boliviano y de la misma Constitución, dando lugar al reconocimiento constitucional de 36 naciones y pueblos indígenas originario campesinos, integrados en el conjunto de la nación Boliviana.

Bolivia pasa a ser, pues, un Estado Constitucional de Derecho con carácter *plurinacional* (art. 1 de la CPE). El segundo eje fundamental radica en que el diseño de los Órganos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial, electoral y Tribunal constitucional) y el diseño de la institucionalidad del propio Estado, son consecuencia y aplicación directa del valor de la plurinacionalidad del país que lo singularizan en el contexto latinoamericano.

TERCERA.

La incidencia más importante de la plurinacionalidad en el sistema de justicia radica en el principio constitucional del “*pluralismo jurídico*”; en la institucionalización de un sistema de justicia plurinacional, y en la obligación de que los operadores jurídicos incorporen la “interculturalidad” como criterio de interpretación de las normas del Derecho. Así pues, en Bolivia existe “un” sistema jurídico unitario, aun cuando está formado por una pluralidad de jurisdicciones (ordinaria, agroambiental, especiales e indígena originaria campesina, que es ejercida por sus propias autoridades, elegidas por sus usos y costumbres, con su sistema institucional propio de funcionamiento) en igualdad jerárquica. Esta pluralidad opera a “nivel subconstitucional” y tiene su cúspide en el sistema de *justicia constitucional* (art. 179 CPE) garante del catálogo de derechos fundamentales que reconoce la CPE, cuyo desarrollo legal se ha plasmado en la LTCP.

CUARTA.

La Constitución Boliviana, en su artículo 179.III, incurrió en una grave imprecisión al hablar de “*justicia constitucional*” en relación con la función asignada al TCP, cuando en realidad lo ha instituido con funciones propiamente *jurisdiccionales* en el ámbito normativo, competencial y/o tutelar; aspecto que tampoco ha sido aclarado por la LTCP que lo desarrolla. En este sentido, debemos aclarar que el TCP se encuentra

habilitado por la propia Ley Fundamental para ejercer una auténtica y autónoma *Jurisdicción Constitucional* en el Estado Plurinacional de Bolivia (no es un apéndice del órgano judicial), constituyéndose en el principal garante de la vigencia y supremacía de la Constitución.

QUINTA.

La tarea de armonización y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano descansa, en última instancia, en la doctrina jurisprudencial que elabore el TCP. Esto significa que después de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el TCP es la más importante de todas las instituciones públicas bolivianas. La incidencia del principio de *plurinacionalidad* en este órgano se proyecta sobre los 7 Magistrados que lo integran, debiendo ser elegidos por sufragio universal, en el contexto de una sociedad civil plural, que requiere y exige la presencia mínima en este órgano de la justicia constitucional de, al menos, dos Magistrados de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

SEXTA.

La tensión existente entre los dos ejes básicos del Estado constitucional, el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad, queda patente en Bolivia con la problemática suscitada respecto a la titularidad de la interpretación constitucional. Lo dispuesto en el artículo 4º, párrafo III, de la LTCP: “*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*”, provoca una grave confusión conceptual que podría derivar en una grave limitación al principio de supremacía y suprallegalidad de la Constitución. No cabe plantear un conflicto respecto al órgano que debe ostentar la suprema facultad interpretativa de la Ley Fundamental; éste sólo puede ser el TCP. En efecto, la

interpretación constitucional, precisamente por el carácter suprallegal de la Constitución, nunca puede realizarse por el órgano legislativo. Hacerlo así supondría la posibilidad de que el propio legislativo acomodara la Constitución a las leyes, cuando el procedimiento se prevé justamente para lo contrario: acomodar las leyes a la constitución. Precisamente por ello, el principio de supremacía de la Constitución sólo puede garantizarse por un órgano externo al legislativo. Por otra parte, la facultad interpretativa reconocida al Órgano Legislativo resulta inoperante puesto que se encuentra impedido de elaborar Leyes interpretativas, y de hacerlo, estas podrían ser sometidas al control de constitucionalidad por parte del TCP. De ahí que si, eventualmente, se produjera un conflicto interpretativo prevalecería siempre el pronunciamiento jurídicamente fundamentado que emita el TCP.

SÉPTIMA.

El *Tribunal Constitucional Plurinacional* es un órgano constitucionalmente establecido con independencia orgánica, funcional y jurisdiccional frente al Órgano Judicial y el resto de órganos del poder constituido, únicamente sometido a la Constitución Política del Estado y a la LTCP que específicamente lo regula. Tiene como finalidad velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales. TCP y Órgano Judicial son las dos instituciones que ejercen la única función jurisdiccional reconocida por el Art. 179 de la CPE.

OCTAVA.

En el nuevo ordenamiento boliviano, el control de constitucionalidad se concibe como el mecanismo necesario para garantizar el *principio de supremacía* de la Constitución Política del Estado. El sistema diseñado por la CPE puede considerarse como un *sistema de control concentrado* de la constitucionalidad, caracterizado por

conferir a un solo órgano la facultad de actuar como juez constitucional. No obstante, no estamos ante un sistema de control concentrado *puro*, sino ante un sistema *mixto* que admite también una variante de control *difuso*. Y ello por dos razones. En primer lugar, el mandato constitucional dirigido a los órganos jurisdiccionales de no aplicar leyes inconstitucionales (art. 170 CPE) materializado en la posibilidad de plantear la *Acción de Inconstitucionalidad Concreta* por parte de dichos órganos. En segundo lugar, porque los juzgados y tribunales ordinarios también ejercen el control de constitucionalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, conociendo de la Acción de Amparo Constitucional (Art. 128 CPE), Acción de Libertad (*hábeas corpus*) (Art. 125 CPE), Acción de protección de privacidad (*hábeas data*) (Art. 130.I CPE), Acción de Inconstitucionalidad (Art. 132 CPE), Acción de cumplimiento (Art. 134 CPE) y Acción Popular (Art.135 CPE).

Para el cumplimiento de su función garantista, el art. 202 de la CPE y el art. 12 de la nueva Ley N° 027 del TCP, proyectan la tarea del *Tribunal Constitucional Plurinacional* sobre un triple ámbito de control: a) el control normativo de constitucionalidad; b) el control del ejercicio del poder político; c) el control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

NOVENA.

Así pues, el TCP ejerce, primordialmente, el control de constitucionalidad sobre todas las *disposiciones legales*, sean éstas leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de resoluciones no judiciales, pudiéndose declarar su inconstitucionalidad con carácter general o *erga omnes* con efecto derogatorio o abrogatorio conforme corresponda en cada caso. El control constitucional de la normatividad puede llevarse a cabo a través de dos modalidades: el control previo o *a priori*, y el control correctivo o *a posteriori*.

DÉCIMA.

El *control previo* de constitucionalidad en el sistema boliviano, de acuerdo con lo diseñado por la *Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional* en su Título V, capítulos III, IV, V y en los títulos VI y VII, prevé los siguientes supuestos:

- a. Consultas de la Presidenta o del Presidente del Estado Plurinacional, de la Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, de la Presidenta o Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley (arts. 134-136 LTCP).
- b. Consultas de las autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas (consuetudinarias) a un caso concreto (arts. 137-140 LTCP).
- c. Control previo sobre el texto de las preguntas de la convocatoria a referendo nacional, departamental y municipal (arts. 141-144 LTCP).
- d. Control previo sobre la constitucionalidad de estatutos autonómicos y cartas orgánicas, aprobados por los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas (arts. 145-148 LTCP)
- e. Control previo de constitucionalidad en la ratificación de los Tratados Internacionales (arts. 149-151).
- f. Control previo de constitucionalidad sobre el procedimiento de reforma parcial de la Constitución, en los términos previstos por el Artículo 411 parágrafo II de la Constitución Política del Estado (arts. 152-155 LTCP).

UNDÉCIMA.

El control normativo de constitucionalidad posterior (o correctivo) el TCP lo ejerce al momento de conocer y resolver:

- a) las acciones de inconstitucionalidad directas o de carácter abstracto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 1ra., del art. 12 LTCP);
- b) las acciones de inconstitucionalidad indirectas o de carácter concreto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 2da.);
- c) los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones, creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado (atribución 5ta.);
- d) los recursos contra las resoluciones del Órgano Legislativo, cuando afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas (atribución 6ta.);
- e) la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado (atribución 10ma.).

DÉCIMOSEGUNDA.

El principio de supremacía constitucional se garantiza también a través del control del TCP sobre el *ejercicio del poder político*, esto es, sobre las competencias asignadas

por la CPE a los distintos órganos del poder público y a las nuevas entidades territoriales autónomas. En este sentido, el TCP debe conocer y resolver:

- a) los conflictos de competencia que se susciten entre los órganos del poder público (art. 12.3 LTCP);
- b) los conflictos de competencia entre el gobierno plurinacional (central), las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y de éstas entre sí (art. 12.4 LTCP);
- c) los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originario campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental (art. 12.11 LTCP);
- d) los recursos directos de nulidad que proceden contra todo acto o resolución de autoridad pública que usurpe funciones que no le competen, así como contra los actos de la autoridad pública que ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la Ley (art. 12.13 LTCP).

DECIMOTERCERA.

El tercer ámbito de control constitucional se proyecta sobre el respeto y garantía de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que operan como límites al ejercicio del poder público del Estado. El TCP ejerce este control a través de la obligatoria revisión de las resoluciones emitidas por los tribunales ordinarios, cuando se hayan pronunciado como consecuencia de las denominadas *acciones de defensa* de los derechos fundamentales: Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad, Acción Popular y Acción de Cumplimiento (Título II, capítulos I-V de la LTCP).

DECIMOCUARTA.

El diseño de este extenso y complejo entramado de mecanismos de control constitucional realizado por la LTCP es muy ambicioso y maximalista en sus pretensiones, pero muestra numerosas incongruencias formales y materiales, no pocas lagunas y serias dificultades de viabilidad, que hemos ido señalando y detallando en nuestro análisis crítico sobre cada uno de los supuestos (capítulos VII y VIII de esta tesis). Las deficiencias de la LTCP exigían proveer al sistema de un desarrollo reglamentario concienzudo y minucioso capaz de colmar esas lagunas y antinomias. Dicho desarrollo ha tenido lugar en la reciente Ley 254 del *Código Procesal Constitucional*, de 5 de julio de 2012.

Desafortunadamente, como hemos puesto de manifiesto en nuestro análisis, tampoco esta ley ha conseguido dotar de plena coherencia y viabilidad real al complejo sistema boliviano de control constitucional, lo cual contribuirá a seguir alimentando la profunda desconfianza en el sistema por parte de los operadores jurídicos y de la propia sociedad civil, y a fomentar la convicción de estar manipulado ideológicamente por la mayoría gubernamental.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Crítica* Vol. VIII (1976): 124-159.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A., *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, Universidad de León (España) 1995.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A., “El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, nº 8 (2008): p. 3-29

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa 1989.

ALVARADO, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, Editorial Reus, 1920.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; LÓPEZ GARCÍA, J.A.; DEL REAL ALCALÁ, J.A.; y RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid: Dykinson 2005.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias” en: VV.AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Madrid: Dykinson 2008, pp. 73-104.

- ARAGÓN REYES, M., “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad”, *Revista de Estudios Políticos* No. 50 (1986): p. 39-68. M
- ATIENZA M.-RUIZ MANERO J., *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel 2004.
- ÁVILA COSTA Roberto; *Introducción a la Metodología de la Investigación*, Ed. Dara. Perú, 1993.
- AVRIL, P. - GICQUEL, J., *Lexique du droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1994.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- BALLESTEROS LLOMPART, J.: “Derechos humanos: ontología versus reduccionismos”, *Persona y Derecho* volumen 9º (1982): p. 242-243.
- BASTERRA DIAZ, A., *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, Dirección General del Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- México 2006.
- BEGUIN, J.C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R.F.*, Economica, París, 1982.
- BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid 1991.

- BOBBIO, N., *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giapichelli, Torino 1960.
- BON, F. - RODRÍGUEZ, Y., "La garantie constitutionnelle de la Constitution", en *Revue de Droit Public*, 1988. Pág. 221-234.
- BREWER CARIAS, J., "La Jurisdicción Constitucional en América Latina", en FERNÁNDEZ SEGADO F. y GARCÍA BELAUNDE, D., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 112-146.
- CAPELLETI, Mauro: ¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?, en *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 17 (1986): p.10-29.
- CAPELLETTI, M., "El formidable problema del control de constitucionalidad de las leyes", en *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1976.
- CARBONELL SÁNCHEZ, M., "La interpretación de los Derechos Fundamentales", *Ius et praxis*, Vol. 1 (2004): p. 21-43.
- CARBONELL SÁNCHEZ, M.: "Marbury vs. Madison: una decisión histórica para la justicia constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5(2006): p. 289-300.
- CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima, 2004.

- CARPIO MARCOS, Edgar, “La Acción de cumplimiento”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 10 (2006): p. 383-409.
- CARVALLO, Ruber, *Manual de Historia de Bolivia. Una visión desde la llanura*, Ediciones Marubú, Santa Cruz de la Sierra- Bolivia, 2005.
- CERRONI, H., *Marx y el derecho*. México, Editorial Grijalbo, 1975.
- CHARRY UREÑA, Juan M., *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano*. Santa fe de Bogotá: Banco de la República, 1993. Citado en la web docencia.udea.edu.co/derecho-constitución/derecho/fundamento.html (21/08/2007).
- CLAVERO, Bartolomé, “Nota sobre el sistema de autonomías en la Constitución de Bolivia”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85 (2009), pp. 187-199.
- COLAUTTI, Carlos E, *Derecho Constitucional*, 2da. Edición, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- CORNELL UNIVERSITY, LAW SCHOLL, *Marbury v. Madison*, Syllabus, Estados Unidos de América, 2003 (en línea).
- COSSIO, J.R: "Gobiernos divididos y control de constitucionalidad", en *Este País*, nº. 116, Noviembre de 2002: p. 7-34.
- COVIÁN ANDRADE, M., *El Control de Constitucionalidad en el Derecho Comparado*, Ed. Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, México, 2001.

- CRISAFULLI, Ezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo, *Scritti in onore di Costantino Mortati (Aspetti e tendenze del diritto costituzionale)*, vol. 4: *La garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milán, Giuffrè Editore, 1977.
- CRUZ VILLALÓN, P.: Voz “Derechos Fundamentales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995.
- DAZA ORDANZA, E., *Temas de Derecho Constitucional*, Cochabamba Universitaria, 1993.
- D’MESA, Carlos, *Presidentes de Bolivia entre las Urnas y los Fusiles*, Ed. Quisbert y CIA. S.A., La Paz - Bolivia 1990.
- DE ASÍS ROIG, Rafael: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid: Dykinson 1999.
- DE ASÍS ROIG, Rafael de (2002): “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en: MOLINA NAVARRETE, C. y otros (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada: Comares, pp. 153-176.
- DE DOMINGO PÉREZ, T.: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Estudio preliminar de MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

DE OTTO Y PARDO, I.: “La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido”, en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.

DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid 1987.

DE STEFANO, J., “El Control de constitucionalidad”, *Revista de Análisis Jurídico*, Año I. Nro. 7 (2005): p. 2-31.

DEENER, David, “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, vol. XLVI, n. 4, (1952): p. 1079-1108.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en: ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier; LÓPEZ GARCÍA, J. Antonio; *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid: Dykinson 2005.

DEL REAL ALCALÁ, J. A. y RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid: Dykinson 2005, pp. 177-198.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Madrid: Dykinson 2007.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto: “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo LVII, n° 247, Enero-Junio 2007, p. 165-203.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto: “Diferencias culturales, extensión de los derechos y servicios públicos universales en el Estado de Derecho contemporáneo”, en: CIENFUEGOS SALGADO/David y RODRÍGUEZ, *Estado de Derecho y multiculturalidad*, Madrid, Dykinson 2008.

DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *Derecho Constitucional*, 7a.ed., Cochabamba 2004.

DÍEZ-PICAZO, LUÍS: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2000.

DIETZE, G., *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*,

DUVERGER, M., *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Presses Universitaires de France, 1959

ENDICOTT, Timothy: “El Derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real, en: *Derechos y Libertades*, n° 12, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid, Enero-Diciembre 2003, pp. 179-189.

ESCARRAS, J.C., "La justice constitutionnelle en Italie", en *Cahiers du CDPC*, Université de Toulon et du Var, Volumen I, Toulon 1992.

FAVOREU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Madrid 1994.

FENECH NAVARRO, M. *El proceso penal*, Civitas, Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO F., *Estudios jurídicos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición, 2003

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid 1989.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta 1997.

FIX-ZAMUDIO, Héctor.: “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”: *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*. México, 1971.

FIX ZAMUDIO, Héctor “La Constitución y su Defensa”, en ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, Universidad de León, España, 1998.

FIX ZAMUDIO, H., *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, Porrúa, México, 1988.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México DF, 1968.

FLORES PONCE, Freddy, *Derecho Constitucional General*. Potosí: Editorial: Publicidad & Marketing, 2000.

GABALDON LÓPEZ, J., “La Cuestión de inconstitucionalidad”, en *Administración Autonómica, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4 (1992): p. 463 -558.

GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, ed. Sígueme, Salamanca 1977.

GADAMER, H. G., *Estética y hermenéutica*, Tecnos, Madrid 1996.

GALÁN JUÁREZ: “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad”, *Isegoria*, Nº. 35 (2006): 49-67.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1984

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3⁸ ed., Madrid, Civitas 1989.

GARCÍA LINERA, Álvaro (2010a): “Los tres pilares de la nueva Constitución Política del Estado”, en: GARCÍA LINERA, A., *Discursos, Análisis, Debate 2008-2010*, La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional, pp. 55-68.

GARCÍA LINERA, Álvaro (2010b): “Del Estado neoliberal al Estado plurinacional, autonómico y productivo”, en: GARCÍA LINERA, A., *Discursos, Análisis, Debate 2008-2010*, La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional, pp. 71-84.

GARCÍA LINERA, Álvaro (2010): “El Estado Plurinacional”, en: GARCÍA LINERA, A., *Discursos, Análisis, Debate 2008-2010*, La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional, pp. 39-52.

GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Tecnos, Madrid 1993.

GIANFORMAGGIO, L., “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, *Doxa* nº4 (1987): p. 93

GOBIERNO AUTÓNOMO DE SANTA CRUZ, Consultoría: *Análisis e interpretación constitucional de la Ley no. 027 de 6 de julio de 2010 (Ley del tribunal constitucional plurinacional)*, Santa Cruz de la Sierra, 12 de diciembre de 2011.

GOGUEL, F., "Le Conseil Constitutionnel", en *Revue de Droit Public* 73 (1979): p. 5-43.

GOIG, HERMES, A. y LENZ, J.L. *¿Para qué sirven las elecciones?*, Ed. Cultural Económica, México 1982

GONZÁLEZ DURAN, Mario, *Resúmenes de jurisprudencia constitucional*, Primera Edición; Grupo Editorial UASB: Sucre – Bolivia, año 2008.

GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giapichelli 1990.

- HALL, J A. - IKENBERRY, L.; *El Estado*; Edit. Patria, S.A.; México, 1991, en <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitución/fundamento.html> (21/08/2007)
- HAMILTON, L. (et al.), *El Federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- HASKINS, G.L., *Marbury v. Madison*, en “Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815 (1981) [en línea].
- HITERS, J.C., “El Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2 (2009): p. 69-101.
- IRIARTE Alicia, Vázquez Mariana y BERNAZZA Claudia A. , *Democracia y Ciudadanía: Reflexiones sobre la Democracia y los Procesos de Democratización en América Latina*, en www.revistafuturos.info.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México 1993.
- KENT, María L., *Bolivianos en el tiempo*, Ed. EDMOS, La Paz 1996.
- LAMBERT, Jacques, “Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. Marbury versus Madison”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, t. 48 (1971): p. 5 y ss
- LAPORTA SAN MIGUEL, F.J.: “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa* 4 (1987): pp. 32 ss.
- LINARES QUINTANA, J., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid 1999.

- LLANO, F.; PANEA, J. M. (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2ª ed. revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farell,: Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla 2003, p. 307-340.
- LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, J.A. (eds.): “*Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*”, Dykinson-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, L.,” Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá” en *Justicia Constitucional Comparada*. Ed. UNAM, México 1993, p. 146-164.
- LOSING, N.: *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Traducción de Marcela Anzola Gil, Madrid – España: Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Dykinson, 2002, p. 246-269.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1989.
- LOZANO, Luis G. (coord.), “Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2004: p. 569-588.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, “Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, mayo-octubre de 1957, p. 99 y ss.
- LUCHAIRE, A., “Le conseil constitutionnel et l'alternance politique”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2004/1 (n° 57): p. 49-78.

- MARTÍN-RETORTILLO, L. Y DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L.: “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en AA.VV.: *Derechos Humanos* (coordinador J. Ballesteros), Tecnos, Madrid, 1992
- MAYORGA, René A., “Sistema Político”, en *Bolivia en el siglo XXI*, La Paz Bolivia: Harvard Club de Bolivia, 1999.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*, MC Graw-Hill, Madrid, 1996.
- MEYER- BISCH, P. : *Le corps des droits de l’homme*, Éditions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1992.
- MCPHERSON, C.B. *La Democracia Liberal y su época*, Editorial Alianza, Buenos Aires, 1991.
- MODERNE, F., “El Control Previo de Constitucionalidad en la Europa Contemporánea”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 12 (1993): p. 151-163.
- MODERNE, F., *La estructura judicial francesa y el control constitucional*, Civitas, Madrid 1988

- MOLINER NAVARRO, R.: “El derecho al honor”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (J.R. DE VERDA coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- MONTENEGRO, Carlos, *Nacionalismo y Coloniaje*, Los amigos del libro, La Paz, 1982.
- MONTERO JUSTINIANO, Lourdes (2010): “Una economía para la inclusión”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 587-598.
- MORALES DAVILA, Manuel, *Derecho Constitucional*, La Paz: Ed. UPS, 2000.
- MORALES OLIVERA, Teresa (2010): “Estructura y organización territorial del Estado”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 559-567.
- MORGENTHAU, Hans J., *Escritos sobre política internacional*; Ed. Tecnos, Madrid 1990.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Teoría de la jurisdicción constitucional en América del Sur y Chile*, proyecto de investigación Fondecyt No., 1030581, Austral, Santiago de Chile, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur* en La alborada del Siglo XXI, Editorial KIPUS, Cochabamba-Bolivia, 2006.

NOHLEN, D., *Sistemas Electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México 1998.

O'DONNELL, G. ¿Democracias Delegativas?, en *Cuadernos CAEH* n°61 (1992): p. 21-47.

O'DONNELL, G., “Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana” en *Revista Desarrollo Económico* N° 130 (1993): p. 12-49.

ÖHLINGER, Theo, *Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica* (Academia de Viena 2003), México PUVB, 2005.

OLLERO GÓMEZ, Carlos, “El nuevo derecho constitucional (El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho constitucional de la postguerra)”, *Archivo de Derecho Público*, II, Universidad de Granada, 1979.

OVALLE FAVELA, J., “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, en *Boletín Mejicano de Derecho Comparado* n° 107 (2003): p. 587-615.

PASQUINO Y OTROS: *Manual de Ciencias Políticas*, Ed. Kipus, La Paz, 1998.

PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1991.

PECES-BARBA, Gregorio, “Los deberes fundamentales”, en: *Doxa*, n°. 4 (1987) p. 329-341.

PÉREZ GORDO, A; *Prejudicialidad*, Tecnos, Madrid 1981.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos 1984.

POLO BERNAL, E., *Manual de derecho constitucional*. México: Porrúa, 1985.

PRITCHETT, C. Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965.

PRIETO SANCHÍS, Luís: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson 1998, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' de la Universidad Carlos III de Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre los derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trota, Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L., "Derechos fundamentales, neo constitucionalismo y ponderación judicial", en *AFDUAM* nº5 (2001), p. 75-98.

QUIROGA TRIGO, José Antonio (2010): "El Estado Plurinacional y el fin de la República", en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 273-282.

RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Editorial Cátedra, 1951.

- REAL GUERRERO R., *El control de constitucionalidad sobre las interpretaciones judiciales*, Universidad Pontificia Javeriana, Departamento de Derecho Público, Bogotá, 2006.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, “El Control de Constitucionalidad en Bolivia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº3 (1999): p. 205-240.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, “La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. Cinco años en defensa del orden constitucional y democrático”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1 (2004): p. 227-254.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional–Procesos Constitucionales en Bolivia*, 2ª ed.; Editorial Kipus: Cochabamba – Bolivia 2006.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, La evolución político institucional en Bolivia entre 1975 a 2005, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº2 (2008): p. 173-208.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A., *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional* (Sucre - Bolivia: GTZ (PA dEP) - AECI, 2007.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Cochabamba-Bolivia: Grupo Editorial KIPUS, 2007.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Hacia Una Nueva Constitución. Luces y Sombras del Proyecto modificado por el Parlamento*, Fundación Konrad Adenauer, Fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer, Cochabamba-Bolivia, 2008.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *El Nuevo Sistema Constitucional del Estado Boliviano*, Editorial Kipus: Cochabamba – Bolivia 2011.

RIVERO, J., *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Col. Droit Public positif. Economica, París 1984.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, E., *Derecho Procesal Constitucional*, 2.ª ed., Lima, Perú, Ed. Grijley, 1999.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Moralidad, derechos, valores*, Civitas, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ-TOUBES, J.: *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ VELTZÉ, Eduardo (): “Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): 2010, Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 423-433.

ROJAS TUDELA, Farit: “Análisis y Comentarios de la Primer Parte de la CPE”, en: AA.VV., *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz (Bolivia): 2010, Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 283-294.

ROUSSEAU, J.J., *Contrato social*, Madrid, Espasa-Calpe (Selecciones Austral), 1975

- ROSTOW, Eugene V., "The democratic character of judicial review", *Harvard Law Review*, vol. 66, nº. 2 (1982): p. 193-213.
- SABSAY, Daniel A., "El Amparo como garantía para los derechos fundamentales" en: http://www.eclac.org/dmaah/noticias/paginas/7/27987/Daniel_Sabsay.pdf
- SANDOVAL, Isaac, *Partidos Políticos en Bolivia*, Ed. UPSA, La Paz. 1992.
- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Estudio sobre las libertades*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- SARITI W. A., "Revisión Judicial", en *Issues of Democracy. Democracy and Human Rights*, [en línea].
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, 2 vols., Madrid, Alianza, 1988.
- SERRA ROJAS Andrés, *Teoría del Estado*, Edit. Porrúa S.A., 12ª ed., México 1993.
- TALAVERA FERNANDEZ, P., *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz (Bolivia), El País, 2008.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: "La inalienabilidad de los derechos", en *Manual de Derechos Humanos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: "Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?", en AA.VV.: *Los derechos humanos en el siglo XXI* (J.J. Megías coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- TALAVERA, P., *Derecho y Literatura*, Granada, Comares 2006.

- TOBO RODRÍGUEZ, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 2 ed. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1990.
- TRUJILLO, Gumersindo, “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1970.
- VALENCIA VEGA, Alipio. *Manual de Derecho Constitucional*, 3ra Edición, La Paz: Editorial Juventud, 1982.
- VARGAS LIMA, Alan E., “Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 639–686.
- VIDAL GIL, E.: “Derechos de los colectivos vulnerables”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, nº 11/12, 1995, pp. 122-133.
- VIDAL GIL, E.: “Los Derechos Humanos como derechos subjetivos”, en AA.VV.: *Derechos Humanos* (J. Ballesteros coord.), Tecnos, Madrid, 1992.
- VIOLA, F.: *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000.
- VV.AA., *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*. Santa Cruz (Bolivia), El País, 2002.
- VV.AA., *Derecho Constitucional*. Volumen II: *Los Poderes del Estado: La Organización Territorial del Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- VV.AA., *Jurisdicción Constitucional*, Santa Cruz: Editorial: El País, 2000.

VV.AA., *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. Sucre: Editorial: Kipus, 2003.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Madrid, FCE, 1993

YAÑEZ CORTEZ, Arturo, “*RATIO DECIDENDI*”, Primera Edición; Talleres Gráficos Gaviota del Sur S.R.L: Sucre – Bolivia 2007.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, 17 (2010): p. 12-39.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *El otro Derecho*, n° 30 (2004): p. 1-25.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Trotta 2003.

ZORILLA ARENA, Santiago: *Introducción a la Metodología de Investigación*, Ed. Océano, México, 1990

ANEXOS

ANEXO I

SÍNTESIS DE NORMAS JURÍDICAS DECLARADAS INCONSTITUCIONALES PERIODO: 1994-2007

De acuerdo a la documentación del propio Tribunal Constitucional, hemos podido determinar que las normas declaradas inconstitucionales son de todo tipo de rango: Leyes, Decretos, resoluciones y reglamentos, cuya síntesis ofrecemos en los siguientes cuadros, y que dan noticia del extraordinario volumen que representan:

Cuadro N°1

Norma Jurídica	Articulad	Normas de la Constitución Política del Estado en las que se basa el fallo	Número y Fecha
Código de Procedimiento Civil	Art. 69 parte in fine " (...) y constituirá una presunción de verdad ..."	6.I, 16.II y 16.IV	0003/2007 de 17-Ene-2007
Ley 3092 de 7 de julio de 2005 Incorporación al Código Tributario Boliviano del "Título V Procedimientos para el conocimiento y resolución de los recursos	Art. 2 primer párrafo, la frase " el sujeto pasivo y/o tercero responsable"	Arts. 6. I, 16.IV, 117.I y 118.I.7°.	0090/2006 de 17-Nov-2006
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 4 Ultimo Párrafo: En el cómputo de plazos y términos previstos en este Código, no surte efecto el término de la distancia"	6.I y 16.IV	0079/2006 de 16-Oct-2006
Ley de Descentralización Administrativa Ley 1654 28-VII-95	Art. 16	Art. 219	0064/2006 de 17-Jul-2006
Código de Familia	Art. 206 primera parte del segundo párrafo en la frase "sólo procede	Arts. 6.I, 7 inc. a), 35, 195, 228 y 229 CPE	0051/2006 de 22-Jun-2006

	en vida del pretendido padre y"		
Código de Familia	Art. 206 parte in fine del segundo párrafo "siempre que no hayan transcurrido dos años desde la muerte de este último"	Art. 195.I Constitución Política del Estado (CPE) Art. 6.I Constitución Política del Estado (CPE) Art. 7 inc. a) Constitución Política del Estado (CPE) art 35 Constitución Política del Estado (CPE) Art. 228 Constitución Política del Estado (CPE) Art. 229 Constitución Política del Estado (CPE)	0051/2006 de 22-Jun-2006
Ley de Hidrocarburos (3058) de 17 de mayo de 2005	Art. 115 la frase " o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios"	171.1	0045/2006 de 02-Jun-2006
Ley de Hidrocarburos (3058) de 17 de mayo de 2005	Art. 116 la frase " En caso de tener la consulta, reconocida en el artículo 115, un resultado negativo"	171.1	0045/2006 de 02-Jun-2006
Código Penal	Art. 324 (Publicaciones y espectáculos obscenos)	1,1.II, 2, 7, 9.I, 16, 29 , 30, 31, 32, 33, 59.1ª, 69, 116.VI, 138, 229, 230, 231.	0034/2006 de 10-May-2006
Código de Minería (Ley 1777) de 17 de marzo 1997	Art. 4 segundo acápite	2, 30, 59.5ª y 7ª, 136,137, 138,139, 228.	0032/2006 de 10-May-2006
Código de Minería (Ley 1777) de 17 de marzo 1997	Art. 72 Segundo Párrafo	2, 30,59.5ªy 7ª, 136, 137, 138, 139, 228.	0032/2006 de 10-May-2006
Código de Minería (Ley 1777) de 17 de marzo 1997	Art. 74 el término " hipotecario"	2, 30, 59.5ªy 7ª, 136, 137, 138, 139, 228.	0032/2006 de 10-May-2006
Código de Minería (Ley 1777) de 17 de marzo 1997	Art. 69 la frase " los de opción de compra"	2, 30, 59.5ª y 7ª, 136,137, 138, 139, 228.	0032/2006 de 10-May-2006
Código de Minería (Ley 1777) de 17 de marzo 1997	Art. 75 la frase "junto con la concesión minera"	2, 30, 59.5ª y 7ª, 136, 137, 138, 139, 228.	0032/2006 de 10-May-2006
Código de Minería (Ley 1777) de 17 de marzo 1997	Art. 69 la frase " contratos traslativos de dominio"	2, 30, 59, 59, 5ª y 7ª, 136, 137, 138, 139, y 228	0032/2006 de 10-May-2006
Ley 2814 de 21 de septiembre de 2004	Toda la disposición	Arts. 7 Inc. a), 59.7º, 200.I y 228	0072/2005 de 05-Oct-2005
Ley del Ejercicio Profesional de la	Art. 11, frase: "...y/o del denominativo de	Arts. 186 y 188-I	0112/2004 de 11-Oct-2004

Ingeniería (1449 de 15 de febrero de 1993)	ingeniero"		
Ley del Ejercicio Profesional de la Ingeniería (1449 de 15 de febrero de 1993)	art 7 inciso f, frase: "que acreditará su condición profesional"	Arts. 186 y 188-I	0112/2004 de 11-Oct-2004
Ley 2683 de 12 de mayo de 2004	Art. único	Arts. 7.a), 16.IV y 33	0101/2004 de 14-Sep-2004
Ley del Mercado de Valores 1834 de 31 de marzo de 1998	Art. 108 inciso a (Sanciones), frase: "sin necesidad de"	Art. 16.II y IV	0042/2004 de 22-Abr-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Disposición Final Primera	Arts. 16-I, IV	0018/2004 de 02-Mar-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	art 107 párrafo I (Naturaleza de la Ejecución Tributaria)	Arts. 16-I, IV	0018/2004 de 02-Mar-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 131. párrafo 2	Arts. 6, 14 y 16-IV	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 141 (Organización)	Art. 7	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 146 (Reglamentación)	Art. 7	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 145 (Revisión Extraordinaria)	Arts. 7-a), 14, 16 y 116-II y III	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 147 (Proceso Contencioso Administrativo)	Arts. 7-a), 14, 16 y 116-II y III de la CPE	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 131 (Recursos Admisibles). tercer párrafo	Arts. 7-a), 14, 16 y 116-II y III	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código Tributario Boliviano Ley 2492 (2-VIII-2003)	Art. 139 inciso c (Atribuciones y Funciones del Superintendente Tributario General)	Arts. 7-a), 14, 16 y 116-II y III de la CPE	0009/2004 de 28-Ene-2004
Código de Seguridad Social	Art. 14 Inc. a) y c): frase "inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja"	Art. 6 y 194	0062/2003 de 03-Jul-2003
Código de Familia	Art. 99 (Ejercicio de una profesión u oficio), párrafo segundo	Arts. 6 párrafo primero y 194	0058/2003 de 25-Jun-2003
Ley de Sustanciación y Resolución de los Juicios de Responsabilidades	toda la disposición	Art. 47	0009/2003 de 03-Feb-2003

contra el Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento, por delitos			
Ley 2282 de 4 de diciembre de 2001	Art. 119, párrafo quinto: frase "por el tiempo que determine la Corte Nacional Electoral"	Art. 30	0052/2002 de 27-Jun-2002
Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar	Art. 6 parágrafo III (Excusa declarada ilegal)	Art. 116.VI	0084/2001 de 13-Nov-2001
Ley de Organización Judicial	Art. 103 numeral 7 (Atribuciones de la Sala Plena)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Código de Procedimiento Penal de 1972 (Abrogado)	Art. 270 (Recursos)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Código de Procedimiento Penal de 1972 (Abrogado)	Art. 269 (Plenario)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Código de Procedimiento Penal de 1972 (Abrogado)	Art. 267 (Funciones de Acusación)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Código de Procedimiento Penal de 1972 (Abrogado)	Art. 265 (Funcionarios que gozan de caso de corte)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Código de Procedimiento Penal de 1972 (Abrogado)	Art. 266 (Procedimiento ante las cortes de distrito)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Código de Procedimiento Penal de 1972 (Abrogado)	Art. 271 (Procedimiento ante los juzgados de partido)	Arts. 66 y 118-5) y 6)	0038/2000 de 20-Jun-2000
Ley 1679 de 19 de diciembre de 1995	Toda la Disposición	Arts. 7 inc. a), 16 y 228 CPE	0034/2000 de 01-Jun-2000
Ley de Organización Judicial	Art. 24 (Destitución, traslado y suspensión de magistrados o jueces)	Art. 116.VI CPE	0011/1999 de 18-Oct-1999
Ley del Consejo de la Judicatura	Art. 53 (Sanción por faltas muy graves)	Art. 116. VI CPE	0011/1999 de 18-Oct-1999
Ley de Telecomunicaciones	Art. 37 frase "salvo disposición judicial a favor de autoridad competente..."	Art. 20 CPE	0004/1999 de 10-Sep-1999

Cuadro N° 2: Decretos y Resoluciones Declaradas Inconstitucionales

Norma Jurídica	Articulado	Normas de la Constitución Política del Estado en las que se basa el fallo	Número y Fecha
Decreto Supremo 24618 de 14 de mayo de 1997	Art. 3	Arts. 2, 30, 59.8°, 228	0075/2006 de 05-Sep-2006
Reglamento Específico del Sistema de Administración de Personal del Ministerio de Defensa Nacional aprobado por RM 0899 de 30 de agosto de 2004	Art. 35	Arts. 44; 6.I	0063/2006 de 17-Jul-2006
Reglamento Específico del Sistema de Administración de Personal del Ministerio de Defensa Nacional aprobado por RM 0899 de 30 de agosto de 2004	Art. 36	44; 6.I	0063/2006 de 17-Jul-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 1	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116.I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 2	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116.I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 5	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116.I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 6	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116.I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 7	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116.I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 8	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116.I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de	Art. 9	Arts. 2, 7 Inc. a) y	0293/2006-

abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas		d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 10	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 11	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 12	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 13	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 14	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 16	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso a)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso b)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso c)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el	Art. 3 inciso d)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006

enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas			
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso e)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso f)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso g)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 3 inciso h)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo II	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I Inc. a)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I Inc. b)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I inciso c)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I inciso d)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I inciso e)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006

Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I inciso h)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I inciso i)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 28695 de 26 de abril de 2006; Consejo nacional de lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y, para la investigación de fortunas	Art. 4 párrafo I inciso j)	Arts. 2, 7 Inc. a) y d) ; 29, 31, 116:I, 126.V y 228	0293/2006-CA de 12-Jun-2006
Decreto Supremo 05315 Reglamento del Código de Seguridad Social de 30 de septiembre de 1959	Art. 34 inciso a); las frases "... que en el hogar del asegurado y/o a sus expensas"; e "...inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma"	Arts. 6 I, 7 inciso k), 8 inciso a), 96 1ª, 193, 194 y 228	0019/2006 de 05-Abr-2006
Decreto Supremo 05315 Reglamento del Código de Seguridad Social de 30 de septiembre de 1959	Art. 34 inciso c) "... inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la Caja" y "... viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado	Arts. 6 I, 7 inciso k), 8 inciso a), 96 1ª, 193, 194, y 228	0019/2006 de 05-Abr-2006
Reglamento para la afiliación de esposos y padres, aprobado por RA 048-2004 de 6 de septiembre INASES	RA 048-2004 6 /09/04 del INASES, requisito: Declaración Jurada del esposo, conviviente o padre en sentido de que no tiene actividad laboral renta personal y por ende vive a expensas de la asegurada	Arts. 6 I, 7 inciso k), 8 inciso a), 96 1ª, 193, 194 y 228.	0019/2006 de 05-Abr-2006
Decreto Ley 7755 de 1 de agosto de 1966 Ley del Servicio Nacional de Defensa	Toda la norma por la forma u origen defiriendo el efecto por dos años	Arts. 59 1ª y 71 al 81 y 213	0007/2006 de 31-Ene-2006
Reglamento de concurso de Méritos y Examen de Competencia aprobado por RM 0476/2004 de 27 de julio de 2004	Art. 15 inciso 7)	Arts. 7, primera parte e inciso c) y 229	0083/2005 de 25-Oct-2005
Estatuto de las Sociedades Medico-Científicas aprobado por RM 0476/2004 de 27 de julio de 2004	Art. 5, los dos últimos párrafos	Arts. 7, primera parte e inc. c) y 229	0083/2005 de 25-Oct-2005
Decreto Supremo 27427	Todo el Decreto	Art. 7 primer párrafo e incisos a), j) y k); Art. 228 de la CPE	0051/2005 de 18-Ago-2005
Decreto Supremo 25959 de 21 de octubre de 2000	Art. 13 segundo párrafo del primer apartado	Art. 29	0038/2005 de 21-Jun-2005
Decreto Supremo 25514 de 17 de septiembre de 1999	Art. 29 inciso a, frase: "intimando la entrega del mismo en el plazo de	Art. 29	0038/2005 de 21-Jun-

	diez (10) días"		2005
Resolución Ministerial 456/04 de 7 de septiembre de 2004	toda la disposición	228	0141/2004 de 17-Dic-2004
Decreto Supremo 27650 de 30 de julio de 2004	Toda la disposición	Arts. 2, 59.20.a, 117.IV, 122.III y 62.5	0129/2004 de 10-Nov-2004
Decreto Supremo 26582 de 3 de abril de 2002 (Reglamento del Ejercicio Profesional del Ingeniero)	Art. 90	Arts. 186 y 188-I	0112/2004 de 11-Oct-2004
Decreto Supremo 26582 de 3 de abril de 2002 (Reglamento del Ejercicio Profesional del Ingeniero)	Art. 46, frase: "...utilizar tal denominativo..."	Arts. 186 y 188-I	0112/2004 de 11-Oct-2004
Decreto Supremo 26582 de 3 de abril de 2002 (Reglamento del Ejercicio Profesional del Ingeniero)	Art. 46 frase: "...o utilice el denominativo de Ingeniero..."	Arts. 186 y 188-I	0112/2004 de 11-Oct-2004
Decreto Supremo 26582 de 3 de abril de 2002 (Reglamento del Ejercicio Profesional del Ingeniero)	Art. 89		0112/2004 de 11-Oct-2004
Decreto Supremo 26466 22 de diciembre de 2001	Art. 1	Arts. 6.I, 16, 96.1ª, y 116.III	0058/2004 de 24-Jun-2004
Decreto Supremo 26466 22 de diciembre de 2001	Art. 2	Arts. 2 y 116.III de la CPE	0058/2004 de 24-Jun-2004
Decreto Supremo 26156 de 12 de abril de 2001, (Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores)	Art. 12 párrafo III, frase "de suspensión, cancelación e inhabilitación,"	Art. 16.II y IV	0042/2004 de 22-Abr-2004
Decreto Supremo 26156 de 12 de abril de 2001, (Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores)	Art. 25 frase "de suspensión, cancelación e inhabilitación", del primer párrafo	Art. 16.II y IV	0042/2004 de 22-Abr-2004
Decreto Supremo 27310 de 9 de enero de 2004 (Reglamento al Código Tributario Boliviano)	segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera	Arts. 59.1ª y 96.1ª	0029/2004 de 31-Mar-2004
Resolución Ministerial 185/90 de 11 de abril de 1990.	toda la disposición	Art. 228	0081/2003 de 27-Ago-2003
Decreto Supremo 25870 de 11 de agosto de 2000 (Reglamento de la Ley General de Aduanas)	Art. 264	Art. 59.1) y 228	0060/2003 de 03-Jul-2003
Decreto Supremo 25870 de 11 de agosto de 2000 (Reglamento de la Ley General de Aduanas)	Art. 263	59.1 y 228	0060/2003 de 03-Jul-2003

Decreto Supremo 25848 de 18 de julio de 2000	Art. 2	Art. 2	0013/2003 de 14-Feb-2003
Resolución Suprema 219199 de 29 de agosto de 2000	toda la disposición	Arts. 7.a), 59.1ª., 96.1ª. y 24ª. y 228	0013/2003 de 14-Feb-2003
Resolución Municipal 50/2000 de 12 de julio de 2000 Reglamento de Debates del Concejo Municipal de la Primera Sección de la Provincia Gran Chaco (Yacuiba) del Departamento de Tarija	Art. 13	Art. 228 CPE	0012/2003 de 14-Feb-2003
Resolución 008/2002 de la Corte Departamental Electoral de La Paz Sala Provincias (Procedimiento para la Habilitación y Extensión de Credenciales a Concejales y Agentes Cantonales)	Art. 2 párrafo segundo	Art. 59-1ª	0088/2002 de 21-Oct-2002
Decreto Supremo 26415 de 27 de noviembre de 2001	Art. 4	Arts. 7, primer párrafo, 7.a) y 29	0057/2002 de 05-Jul-2002
Ordenanza Municipal 173-A/2000 (Municipio de Santa Cruz de la Sierra) de 5 de febrero de 2000.	Art. 96 inciso d	Art. 228	0033/2002 de 02-Abr-2002
Ordenanza Municipal 110/99 (Reglamento General del Concejo Municipal de La Paz) de 7 de diciembre de 1999.	Art. 24	Art. 228	0034/2002 de 02-Abr-2002
Resolución Camaral 55/00-01 (Cámara de Senadores) de 15 de noviembre de 2000	Art. 3 numeral 2	Arts. 66. 7) , 2 y 43	0031/2002 de 01-Abr-2002
Resolución Ministerial N° 110/00 de 17 de marzo de 2001	el punto 1 de la parte resolutive de la	Arts. 96-1ª y 228	0021/2002 de 06-Mar-2002
Resolución Ministerial 367 (Ministerio de Gobierno, Justicia e Inmigración) de 14 de enero de 1975	toda la disposición	Art. 22-II	0007/2002 de 17-Ene-2002
Ordenanza Municipal 202/2000 (Municipio de La Paz) HAM-HCM 168/2000 publicada el 2 de febrero de 2001	Art. 5	7-a), 16. I y IV y 33	0095/2001 de 21-Dic-2001
Ordenanza Municipal 202/2000 (Municipio de La Paz) HAM-HCM 168/2000 publicada el 2 de febrero de 2001	art 1 frase "las construcciones que a partir de 1996 se encuentran con plano fuera de norma"	7-a), 16. I y IV y 33	0095/2001 de 21-Dic-2001
Decreto Supremo 25848 de 18 de julio de 2000	Art. 2	Arts. 2,16, 29 y 59.1	0052/2001 de 10-Jul-2001
Decreto Supremo 25848 de 18 de julio de 2000	Disposición Transitoria Tercera	7-i) y 22 de la Constitución Política del Estado.	0050/2001 de 21-Jun-2001

Decreto Supremo 25848 de 18 de julio de 2000	Disposición Transitoria Segunda	Arts. 6-I y 16-II de la Constitución Política del Estado	0042/2001 de 15-Jun-2001
Decreto Supremo 24423 de 2 de diciembre de 1996	Art. 20 inciso h	Arts. 7 primer párrafo, Inc. b) y g), 16 y 229 CPE	0004/2001 de 05-Ene-2001
Decreto Supremo 24423 de 2 de diciembre de 1996	Art. 46 inciso b	Arts. 7 primer párrafo, Inc. b) y g), 16 y 229 CPE	0004/2001 de 05-Ene-2001
Decreto Supremo 24423 de 2 de diciembre de 1996	Art. 48 inciso j	Arts. 7 primer párrafo, Inc. b) y g), 16 y 229 CPE	0004/2001 de 05-Ene-2001
Decreto Supremo 25045 de 21 de mayo de 1998	Art. 14	Art. 116 II. y IV CPE	0052/2000 de 28-Jul-2000
Resolución Ministerial 375 de 26 de noviembre de 1999	toda la disposición	Art. 116 II. y IV CPE	0052/2000 de 28-Jul-2000
Resolución Ministerial 379/98 de 27 de noviembre de 1998	toda la disposición	Art. 116 II. y IV CPE	0052/2000 de 28-Jul-2000
Resolución Municipal 041/2000 (Municipio de La Paz) de 6 de febrero de 2000.	Toda la disposición	Arts. 7 inc. h), 200-III y 201 CPE	0037/2000 de 14-Jun-2000
Resolución Ministerial 5333 de 20 de julio de 1987	Resolución Ministerial 5333	Arts. 7 Inc. c) y d), 32, 228 y 229	0003/2000 de 14-Ene-2000
Resolución Municipal N° 0119 (Municipio de La Paz) de 13 de abril de 1992	Toda la disposición	Art. 22 CPE	0001/2000 de 05-Ene-2000
Resolución Prefectural 0350/99 (Departamento de La Paz) de 15 de julio de 1999	Toda la disposición	Arts. 7 Inc. b), c), g) y h); 16, 32, 35, y 229 CPE	0017/1999 de 06-Dic-1999
Resolución Prefectural N° 0354/99 (Departamento de La Paz) de 19 de julio de 1999	Toda la disposición	Arts. 7 Inc. b), c), g) y h); 16, 32, 35, y 229 CPE	0017/1999 de 06-Dic-1999

Cuadro N° 3: Reglamentos Declarados Inconstitucionales

Norma Jurídica	Articulado	Normas de la Constitución Política del Estado en las que se basa el fallo	Número y Fecha
Reglamento especial del centro histórico aprobado por OM 1061/91 (Cochabamba)	Art. 28	Arts. 7 inciso i), 22	0037/2006 de 22-May-2006
Reglamento especial del centro histórico aprobado por OM 1061/91 (Cochabamba)	Art. 7 párrafo 4°	Arts. 7 inciso i) , 22	0037/2006 de 22-May-2006
Reglamento especial del centro histórico aprobado por OM 1061/91 (Cochabamba)	Art. 27 párrafo 1°	Arts.7 inciso i) , 22	0037/2006 de 22-May-2006
Reglamento especial del centro histórico aprobado por OM 1061/91 (Cochabamba)	Art. 5 último párrafo	Arts. 7 inciso i) , 22	0037/2006 de 22-May-2006
Reglamento de Faltas Disciplinarias y sus Sanciones de la Policía Nacional (RS 222266) de 9 de febrero de 2004	Art. 6 inciso d) numeral 27	Art. 16	0022/2006 de 18-Abr-2006
Reglamento de Faltas Disciplinarias y sus Sanciones de la Policía Nacional (RS 222266) de 9 de febrero de 2004	Art. 31 inciso a) en la frase "en única instancia" e inciso c)	Art. 16	0022/2006 de 18-Abr-2006
Reglamento de Procedimiento de Admisión de material para uso aeronáutico, aprobado mediante RD 01- 008-03 de marzo del 2002	la palabra "internacional" del punto "II. "Alcance"	Art. 6	0072/2004 de 16-Jul-2004

Fuente: www.tribunalconstitucional.gob.bo

ANEXO II

RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO RELATIVO A LA PERCEPCIÓN SOCIAL SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

Para conocer la opinión de los ciudadanos sobre el trabajo del tribunal constitucional y dictámenes sobre la inconstitucionalidad se ha utilizado la técnica de la encuesta y la entrevista, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

1.1. Instrumentos de recolección de datos

Los instrumentos para la recolección de datos en esta investigación han sido los siguientes:

Cuestionarios con respuestas cerradas y semiabiertas que han sido aplicadas en la Circ. 55 a los ciudadanos varones y mujeres jóvenes, ancianos, empleados públicos y privados, y la entrevista estructurada aplicada a especialistas del tema.

5.2.2. Técnicas para el tratamiento e interpretación de los datos.

Para el tratamiento e interpretación de los datos se ha utilizado las técnicas de tabulación simple y análisis estadístico. Inicialmente se ha visto los datos, la frecuencia, el porcentaje y el número total de observaciones, en base a estos resultados los aspectos más relevantes se presentan mediante gráficas y cuadros de salida.

5.2.3. Determinación de la población

Se entenderá por población al conjunto de sujetos con una característica o atributo especial. Zorrilla Arena define como: “Conjunto total de elementos que constituyen un área de interés analítico”³⁶⁷

La Población de estudio ha estado conformada por todos los habitantes de la circunscripción 55 que participaron en el último proceso electoral.

5.2.4. Unidad de análisis

Como unidad de análisis han sido tomados en cuenta las opiniones de especialista, politólogos y la sociedad civil, entendiéndose por unidad de análisis: “al elemento de la observación o análisis, individualizado de la población a quién corresponde las características que se estudian”³⁶⁸. Dicho de otro modo son los sujetos que son objeto de estudio.

5.2.5. Muestra características de representatividad.

El sondeo de opinión se ha realizado en la circunscripción No 55 de la ciudad de Santa Cruz, con los datos proporcionados por la Corte Departamental Electoral que nos informó que los ciudadanos que emitieron su voto en esta circunscripción en las últimas

³⁶⁷ Zorrilla Arena Santiago: Introducción a la Metodología de Investigación, Ed. Océano, México, 1990, P. 125.

³⁶⁸ Ávila Costa Roberto; “Introducción a la Metodología de la Investigación, Ed. Dara. Perú, 1993, p. 66

elecciones nacionales de diciembre del 2009 alcanza a 98.750 ciudadanos que emitieron su voto el mismo lo consideramos como universo y utilizando el programa Stats se obtuvo la siguiente muestra:

Tamaño del universo	98750
Error máximo aceptable	5%
Porcentaje estimado de la muestra	50%,
Nivel deseado de confianza	90%
Muestra de	271

Los resultados del trabajo de campo se expresan en los siguientes cuadros y gráficos:

Cuadro N°4: Percepción sobre el control constitucional

¿Sabe Ud. En qué consiste el control constitucional?

RESPONDIERON	Ni	N'i
No	190	70
Si	81	30
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto N'i

Valor relativo

ELABORACIÓN PROPIA

Gráfico 1: Percepción sobre el control constitucional



El cuadro y la grafica nos muestran que una mayoría de los encuestados respondieron que no saben en qué consiste el control constitucional, consideramos que es normal esta respuesta porque faltan trabajos de educación cívica cultural y política.

CUADRO N° 5

¿Porque considera Ud. que es muy importante el control Constitucional?

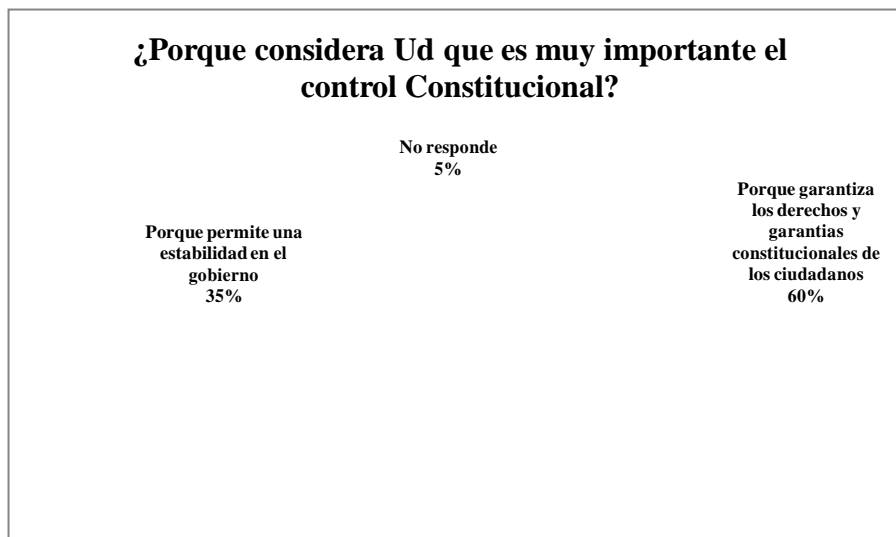
RESPONDIERON	N'i	Ni
Porque garantiza los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos	60	163
Porque permite una estabilidad en el gobierno	35	95
No responde	5	14
TOTAL	100	271

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

GRAFICO 2



La respuesta no se dejó esperar nuestros encuestados señalaron que el Tribunal constitucional tiene como fin ejercer el Control de Constitucionalidad y garantizar la Primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la Constitucionalización de las Convenciones y Tratados. Por lo que garantiza que todos los actos resoluciones y decisiones de los gobernantes y gobernados estén subordinados a la Constitución Política del Estado.

Cuadro N° 6

¿Estaría Ud. De acuerdo que exista un control previo de constitucionalidad antes del nacimiento de una nueva ley que no tenga consenso?

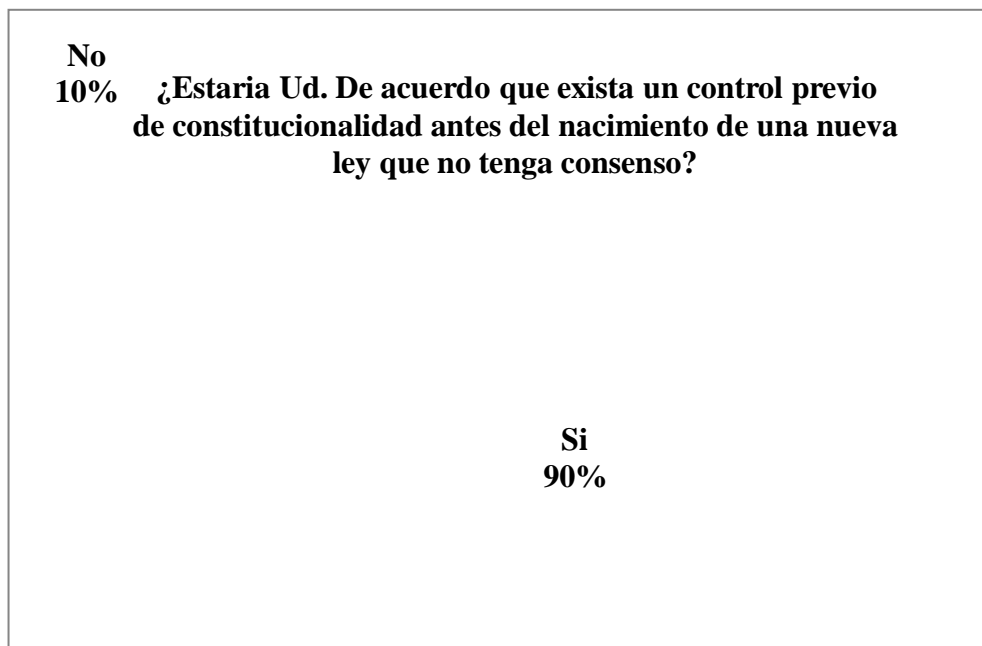
RESPONDIERON	Ni	N'i
Si	244	90
No	27	10
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Grafico 3



Nuestros encuestados señalaron que en vista de que existen normas Jurídicas Declaradas Inconstitucionales, entre ellas Leyes, Decretos, resoluciones y reglamentos, los cuales muestran que nuestro ordenamiento jurídico tiene falencias, por lo tanto manifestaron estar de acuerdo con tener el control constitucional antes del nacimiento y aprobación de una nueva Ley, principalmente en aquellas normas que no tienen consenso.

CUADRO N° 7

¿Qué Institución garantiza los derechos y garantías fundamentales del ciudadano boliviano?

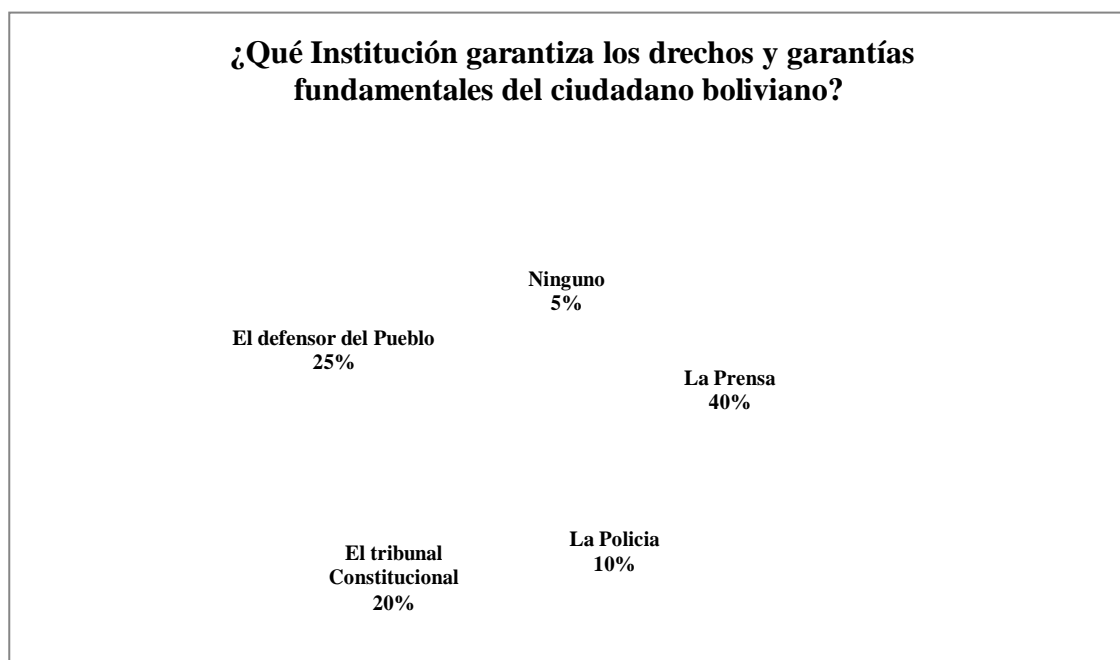
RESPONDIERON	Ni	N'i
La Prensa	108	40
La Policía	27	10
El tribunal Constitucional	54	20
El defensor del Pueblo	68	25
Ninguno	14	5
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Grafico 4



Los derechos fundamentales del ciudadano boliviano es la prensa, el defensor del pueblo y el tribunal constitucional, aquí se puede observar que todavía la ciudadanía no confía plenamente en el poder judicial.

CUADRO N° 8

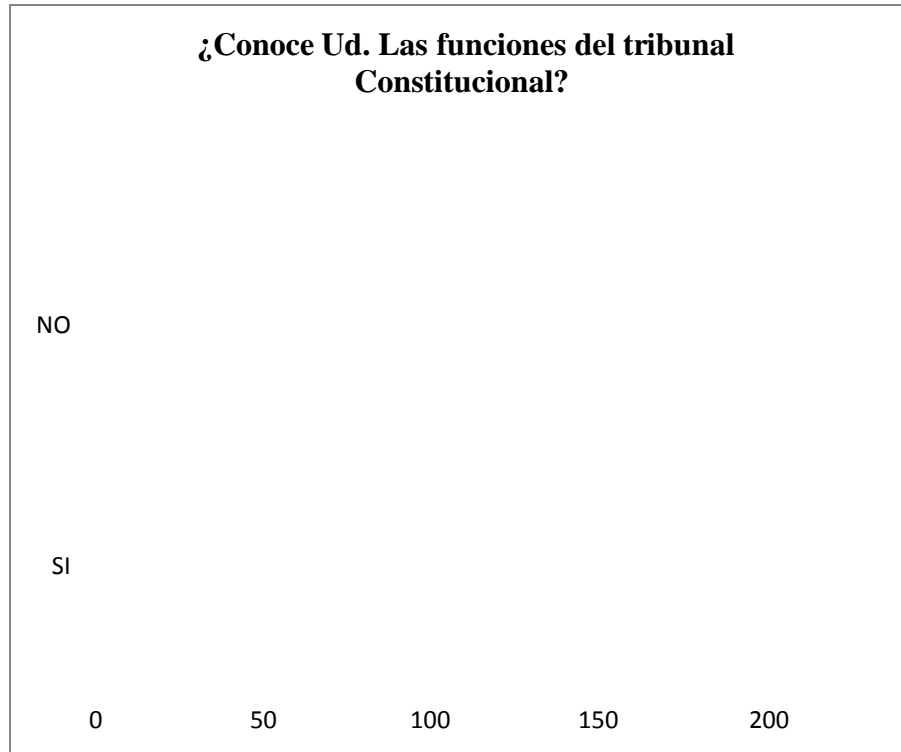
¿Conoce Ud. Las funciones del tribunal Constitucional?

RESPONDIERON	Ni	N'i
SI	81	30
NO	190	70
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto N'i Valor relativo

Grafico 5



Si bien el ciudadano de a pie en este caso la mayoría, no conocen las funciones del tribunal constitucional, sin embargo los entrevistados señalaron que el Tribunal constitucional tiene como fin ejercer el Control de Constitucionalidad y garantizar la Primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas

CUADRO N° 9

¿Cómo Evalúa Ud. El trabajo del tribunal Constitucional?

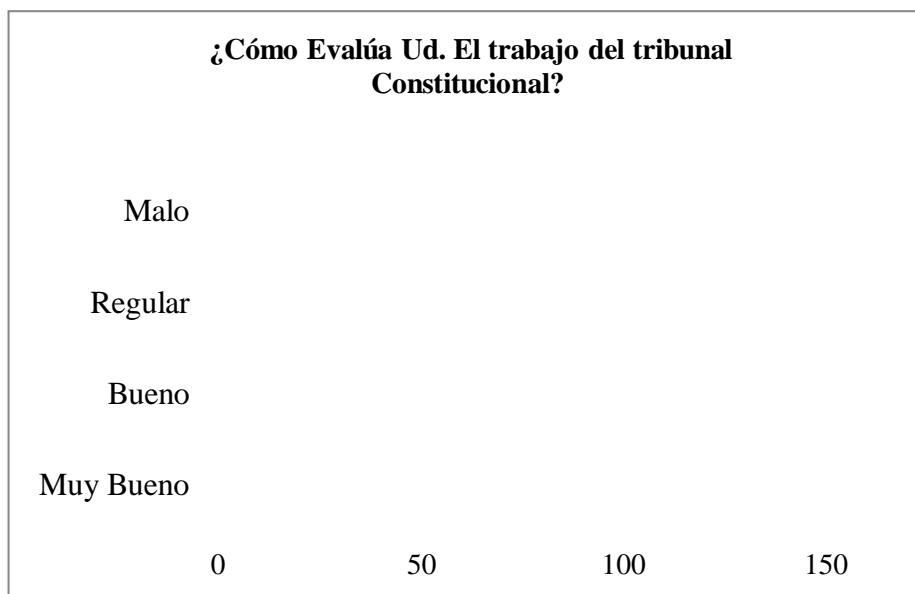
RESPONDIERON	Ni	N'i
Muy Bueno	41	15
Bueno	136	50
Regular	81	30
Malo	14	5
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Gráfico 6



Nuestros encuestados señalaron que el trabajo del tribunal constitucional es bueno y nos ha demostrado que los operadores de las normas jurídicas principalmente en el proceso de aprobación de leyes tienen falencias técnicas de interpretación y de relación con el precepto constitucional, por lo que las nuevas Leyes que emanen de la Asamblea Plurinacional de forma conflictiva deberán pasar por un control previo del tribunal constitucional, a fin de disminuir el nacimiento de leyes negativas o inconstitucionales.

CUADRO N° 10

¿En qué aspectos debe ejercer el control Constitucional?

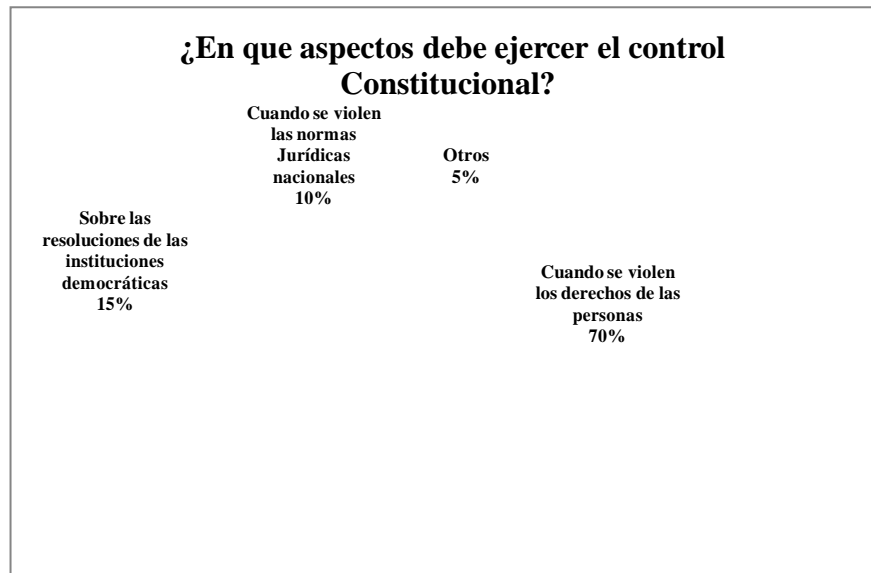
RESPONDIERON	Ni	N'i
Cuando se violen los derechos de las personas	190	70
Sobre las resoluciones de las instituciones democráticas	41	15
Cuando se violen las normas Jurídicas nacionales	27	10
Otros	14	5
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Grafico 7



Nuestros encuestados señalaron que se debe ejercer el control constitucional cuando se vulneren los derechos de las personas, además el control constitucional es muy importante para vivir en estado de derecho, toda vez que el Parlamento no puede dictar Leyes que contradigan lo preceptuado por la N.C.P.E, ya que se convertirían en Leyes negativas que no pueden ser acatadas por la ciudadanía en general y que las mismas tienen toda la potestad Legal para poder impugnarlas de acuerdo a las Leyes vigentes de nuestro estado nacional.

CUADRO N° 11

¿Qué Opina Ud. Sobre las normas inconstitucionales?

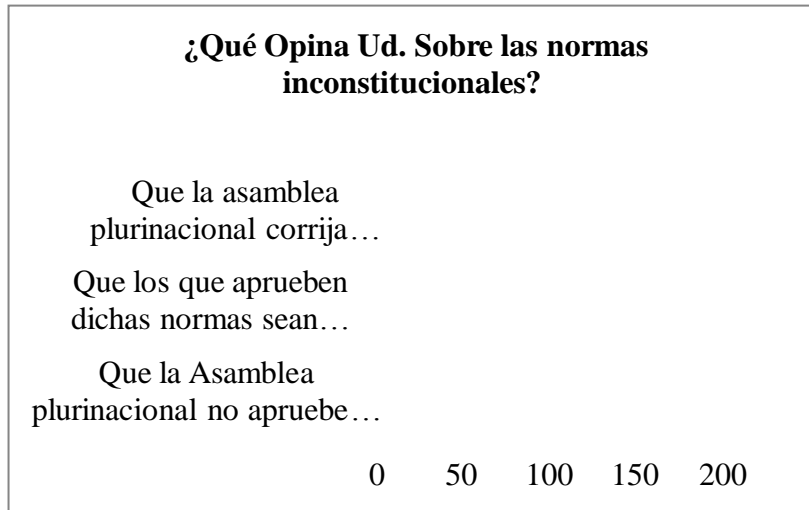
RESPONDIERON	Ni	N'i
Que la Asamblea plurinacional no apruebe dichas normas	163	60
Que los que aprueben dichas normas sean sancionados	81	30
Que la asamblea plurinacional corrija dichas normas	27	10
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Grafico 8



Nuestros encuestados señalaron que los asambleístas no deben aprobar normas inconstitucionales y si lo hacen deben recibir una sanción, y los entrevistados manifestaron que es inconstitucional toda norma que vulnera el espíritu de la Constitución Política del Estado. La inconstitucionalidad de la Ley puede ser verificada por el Tribunal Constitucional, mediante dos vías procesales diferentes, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

CUADRO N° 12
¿Cómo debe ser elegido el Tribunal Constitucional?

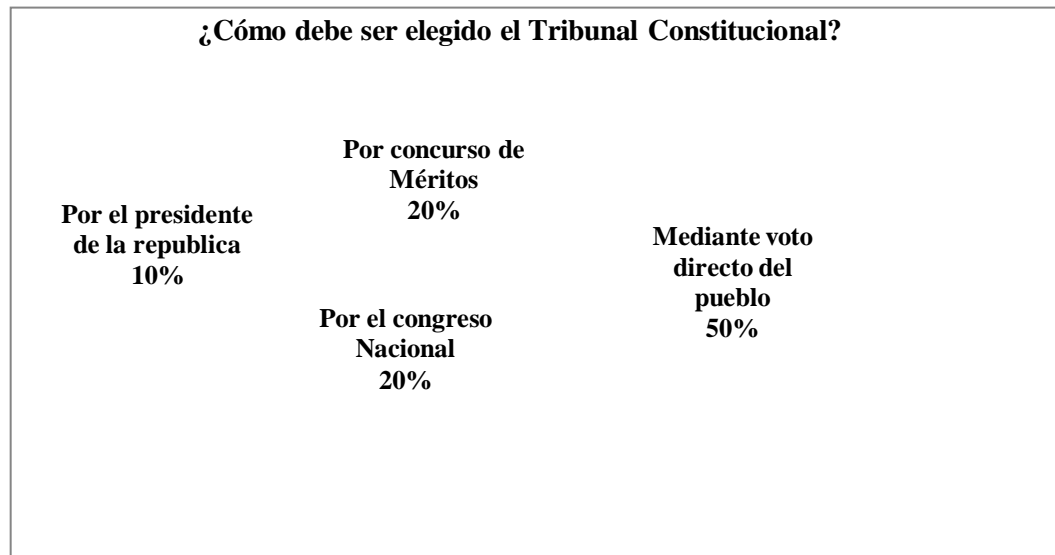
RESPONDIERON	Ni	N'i
Mediante voto directo del pueblo	136	50
Por el congreso Nacional	54	20
Por el presidente de la republica	27	10
Por concurso de Méritos	54	20
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Grafico 9



Sobre esta pregunta la respuesta es clara el tribunal Constitucional debe ser elegido por voto del ciudadano, algunos respondieron por concurso de meritos y otros señalaron que deben ser elegidos por la asamblea Plurinacional.

CUADRO N° 13

¿De que manera se podrá mejorar la imagen del poder judicial?

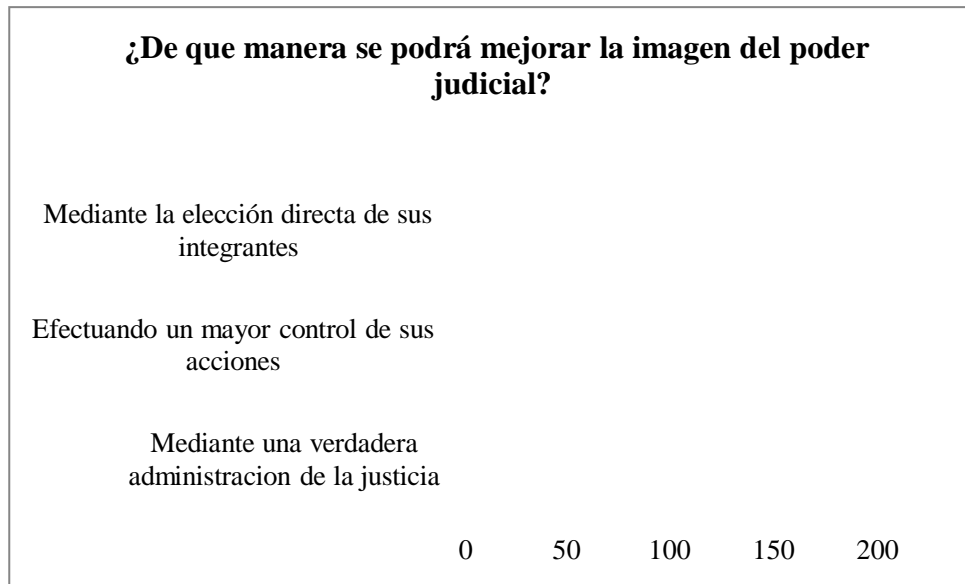
RESPONDIERON	Ni	N'i
Mediante una verdadera administración de la justicia	163	60
Efectuando un mayor control de sus acciones	81	30
Mediante la elección directa de sus integrantes	27	10
TOTAL	271	100

FUENTE: Circ. 55

Ni Valor absoluto

N'i Valor relativo

Gráfico 13



La respuesta es solo aplicando una verdadera justicia en el poder judicial en todas sus instancias esto implica que el Tribunal Constitucional, por su carácter especializado, es el instrumento más eficaz para alcanzar una verdadera e idónea protección de la Constitución tanto en los Derechos fundamentales, control de las competencias públicas, como también en el cumplimiento de los valores Constitucionales.

De manera conclusiva podemos señalar que los ciudadanos encuestados están de acuerdo que exista un control previo de constitucionalidad antes de que nazca una ley negativa e inconstitucional, sobre todo si no tiene consenso. A continuación se describe los diferentes casos de inconstitucionalidad presentados en la justicia ordinaria.

ANEXO III
ALGUNAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD MÁS
REPRESENTATIVAS.
SUS REPERCUSIONES EN EL ORDENAMIENTO.



SENTENCIA CONSTITUCIONAL N°011/99

Expediente N°: 99-00051-01-RII

Distrito: Cochabamba

Recurrente: Tomás Molina Céspedes

Materia: RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Lugar y fecha: Sucre, 18 de octubre de 1999

Magistrado Relator: Mag. Pablo Dermizaky Peredo

VISTOS: La consulta del Consejo de la Judicatura en el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contra los artículos 53 de la Ley N° 1817 y 24 de la Ley de Organización Judicial, planteado ante dicho Consejo en fecha 8 de Junio de 1999 (fojas 2 y 2 vuelta) por Tomás Molina Céspedes, Vocal de Sala Penal de la Corte Superior del Distrito de Cochabamba, en el proceso disciplinario que se le sigue a denuncia del Fiscal de Sala Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, Percy Camacho Flores; sus antecedentes, y

CONSIDERANDO: Que de la revisión de las fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes del proceso se establece lo siguiente:

1. De fojas 23 a 28 corre la denuncia de 3 de marzo de 1999 contra Tomás Molina Céspedes y otros, "por la manifiesta resistencia de los vocales de las salas penales de Cochabamba a dar cumplimiento a la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema

de Justicia de un artículo de la Ley de Fianza Juratoria"; por "el incumplimiento de deberes por parte de los referidos vocales"; por "reiteradas violaciones a disposiciones legales expresas", que les hace responsables penal, civil y disciplinariamente conforme a los artículos 5 del Procedimiento Civil y 37-I de la Ley N° 1817.

2. A fojas 40 y 41 cursa la Resolución del Consejo de la Judicatura, N° 35/99, de 11 de marzo de 1999, que dispone la apertura de proceso disciplinario interno contra los denunciados, "por las faltas disciplinarias muy graves previstas en el artículo 39, Inc. 4,5,6 y 11 de la Ley 1817 de 22 de diciembre de 1997"; designa la Comisión Sumariante para sustanciar dicho proceso sumario interno, y suspende de sus funciones a los denunciados "en tanto se sustancie el proceso con retención de sus haberes".

3. De fojas 44 a 58 corre el acta de Audiencia Pública de Declaración Informativa; y de fojas 59 a 64 la Resolución N° 2/99 de la Comisión Sumariante, de fecha 20 de abril de 1999, que declara probada la denuncia contra el Vocal Tomás Molina Céspedes y otros, y por tanto aplicable contra él y otro la sanción prevista en el artículo 53 de la Ley N° 1817; resolución apelada al día siguiente por el recurrente Molina (fojas 81 a 87), como consecuencia de lo cual se elevó el expediente al Consejo de la Judicatura el 28 de abril.

4. A fojas 2 corre el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad planteado el 8 de junio ante el Consejo de la Judicatura por Tomás Molina Céspedes, contra los artículos 53 de la Ley 1817 y 24 de la Ley de Organización Judicial, tal como fue modificado por la disposición final segunda de la citada Ley del Consejo, porque "estos dos artículos pretenden, ILEGALMENTE, **VIOLANDO FLAGRANTEMENTE EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE CUALESQUIERA OTRAS**, complementar el Inc. VI del Art. 116 de la Constitución Política del Estado, al añadir como causal de destitución de Magistrados la de "faltas muy graves", en el ejercicio de sus funciones, mediante una RESOLUCIÓN DISCIPLINARIA y pasando por alto que los magistrados puedan ser destituidos solamente mediante SENTENCIA EJECUTORIADA dictada en proceso de CASO DE CORTE"; recurso que fue rechazado por el Consejo mediante auto de 13 de Julio, por lo que, en cumplimiento del artículo 62-1 de la Ley 1836, se elevó en consulta dicho auto

al Tribunal Constitucional, que admitió el recurso por auto constitucional N° 020/99-CA, de 22 de Julio, que corre a fojas 5.

5. Por decreto de 8 de octubre de 1999, el Tribunal Constitucional amplió el plazo para dictar sentencia, conforme al Art. 2 de la Ley N° 1979, por las razones expuestas en el Acuerdo N° 77/99, de fecha 7 de octubre de 1999, del mismo Tribunal.

CONSIDERANDO: Que el artículo 116-VI de la Constitución Política del Estado dispone que "los magistrados y jueces ... no podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada"; disposición concordante con el artículo 118-6ª de la misma Constitución, que atribuye a la Corte Suprema de Justicia "fallar en única instancia en las causas de responsabilidad penal seguidas, a requerimiento del Fiscal General de la República, previa acusación de la Sala Penal, contra el Contralor General de la República, Vocales de las Cortes Superiores, Defensor del Pueblo, Vocales de la Corte Nacional Electoral y Superintendentes establecidos por ley, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones".

CONSIDERANDO: Que el artículo 122-I de la Constitución Política del Estado dice que "el Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial", y el artículo 123-I-3ª de la misma ley le da "poder disciplinario sobre los vocales, jueces y funcionarios judiciales, de acuerdo a ley".

CONSIDERANDO: Que el artículo 25 de la Ley de Organización Judicial define la jurisdicción como "la potestad que tiene el Estado de administrar justicia por medio de los órganos del Poder Judicial, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y las leyes"; disposición concordante con el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil.

Que la jurisdicción es una función pública reservada a órganos que tienen competencia para dirimir las controversias mediante decisiones (sentencias) con autoridad de cosa juzgada; competencia que no corresponde a las funciones legislativa y administrativa, cuyos actos son revisables mediante abrogación y derogación de leyes, en el primer caso, y mediante revocatoria de actos en el segundo.

CONSIDERANDO: Que si bien la administración pública (Órgano Ejecutivo) tiene una función jurisdiccional que dirime las controversias entre la misma y los

administrados, cuando éstos consideran lesionados sus derechos o sus intereses legítimos; las funciones administrativa y disciplinaria del Consejo de la Judicatura no son jurisdiccionales, y, por tanto, sus actos son revisables por la vía jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que el Art. 116-VI de la Constitución Política del Estado establece que "los magistrados y jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la Ley. No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada", normativa ésta que, al tratarse de las disposiciones generales del Poder Judicial, comprende a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, Vocales de Corte y Jueces de la República, que son los encargados de administrar justicia en el país.

Que, en desarrollo y correcta aplicación de lo estatuido por el precepto constitucional antes transcrito, el Art. 21 de la Ley del Tribunal Constitucional establece que los magistrados del Tribunal Constitucional cesan en sus funciones por: ... 6) condena por sentencia ejecutoriada.

Que, a su vez la Ley de Organización Judicial en su Art. 24 establece que "ningún magistrado o juez podrá ser destituido de sus funciones, sino en virtud de sentencia ejecutoriada, sea por delitos comunes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones..."

En el mismo sentido el Art. 12 de la Ley del Consejo de la Judicatura establece que "I. Los miembros del Consejo de la Judicatura cesan en sus funciones por ... 6) condena por sentencia ejecutoriada por delitos comunes; 7) condena por sentencia ejecutoriada en juicio de responsabilidades".

Que, de lo anterior se establece que la previsión contenida en el Art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura, en sentido de que "los funcionarios judiciales que hubieren cometido faltas muy graves y sobre los que hubiere recaído sentencia ejecutoriada, serán sancionados con la destitución de sus cargos", se aparta de manera inadmisibles del texto y el sentido del precepto constitucional del Art. 116-VI antes mencionado, puesto que pretende dar un tratamiento jurídico distinto al cese de funciones de los ministros, magistrados, vocales y jueces; siendo que conforme al texto y sentido del orden

constitucional, todos ellos, sólo pueden ser destituidos previa sentencia condenatoria ejecutoriada; de lo que se establece que el Art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura contradice el orden constitucional antes aludido.

CONSIDERANDO: Que la disposición final Segunda del Capítulo III del Título VI de la Ley del Consejo de la Judicatura, modifica el Art. 24 de la Ley de Organización Judicial, bajo el siguiente texto: "Artículo 24.- (Destitución, Traslado y Suspensión de Magistrados o Jueces).- Ningún magistrado o juez podrá ser destituido de sus funciones, sino en virtud de sentencia ejecutoriada, sea por delitos comunes, por delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones o por faltas graves en proceso disciplinario" Que, al establecer el indicado artículo que los magistrados y jueces podrán ser destituidos no sólo por sentencia condenatoria ejecutoriada, sino también por faltas graves en proceso disciplinario, viola también el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales aludidas precedentemente.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 120-1ª de la Constitución Política del Estado y 62-1 de la Ley N° 1836, **DECLARA FUNDADO** el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad interpuesto por Tomás Molina Céspedes, y, por consiguiente, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 53 de la Ley N° 1817 de 22 de diciembre de 1997, y 24 de la Ley de Organización Judicial, tal como ha sido modificado por la Disposición Final Segunda de la Ley N° 1817, por ser contrarios al artículo 116-VI de la Constitución Política del Estado.

REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER

Mag. Pablo Dermizaky Peredo

PRESIDENTE

Dr. Hugo de la Rocha Navarro

DECANO

Dra. Elizabeth I. de Salinas

MAGISTRADA

Dr. René Baldivieso Guzmán

MAGISTRADO

Dr. Wilman Duran Ribera

MAGISTRADO

Repercusiones a la Sentencia Constitucional 0011/1999

Esta sentencia se refiere a que el artículo 53 de la Ley del Consejo de la judicatura, en sentido de que “Los Funcionarios . . . hubieren cometido faltas muy graves y sobre los que hubiere recaído sentencia ejecutoriada, serán sancionados con la destitución de sus cargos”, se aparta de manera inadmisiblemente del texto y el sentido del precepto constitucional del Art. 116 – VI de la Constitución Política del Estado, puesto que pretende dar un tratamiento jurídico distinto al cese de funciones de los Ministros, Magistrados, Vocales y Jueces; Siendo que conforme al texto y sentido del orden constitucional, todos ellos solo pueden ser destituidos previa sentencia condenatoria ejecutoriada; de lo que se establece que el Art. 53 de la Ley del Consejo de la judicatura contradice el orden constitucional. Con relación al Art. 24 de la Ley de Organización Judicial, ningún Magistrado o Juez podrá ser destituido de sus funciones sino en virtud de sentencia ejecutoriada, sea por delitos comunes, por delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones o por faltas graves en proceso disciplinario, al establecer el indicado artículo que los Magistrados y jueces podrán ser destituidos no solo por sentencia condenatoria ejecutoriada sino también por faltas graves en proceso disciplinario, viola también el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales aludidas, por lo que se declararon Inconstitucionales los artículos 53 de la Ley del Consejo de la judicatura y 24 de la Ley No. 1455 (Ley de Organización Judicial). Sobre este tema pasamos a resaltar los puntos más importantes de la misma:

Se crea una línea jurisprudencial de obligatoriedad al cumplimiento de la supremacía de la Constitución y se respeta la no violación de normas constitucionales que se han querido implementar de manera indebida en el Art. 53 de la Ley del consejo de la Judicatura y el Art. 24 de la Ley de Organización Judicial, para quererla hacer parecer como Constitucional; sin embargo era un artículo negativo, con atribuciones jurisdiccionales que no les competen.

Se ha pretendido insertar en el art 53 de la Ley del consejo de la Judicatura y en el Art. 24 de la Ley de Organización Judicial, el concepto de “faltas Muy graves”, como causal de destitución de Magistrados y Jueces, violentando el

espíritu constitucional del Art. 116 inc VI de la Carta Magna. Sin tomar en cuenta que las varias veces reiterada sentencia ejecutoriada solo podrá ser dictada por el ente jurisdiccional y no administrativo, situación mal comprendida por los legisladores que elaboraron la ley del consejo de la judicatura y derogaron el Art. 24 de la ley de organización judicial.

2) La SC 84/2001, referente a la inconstitucionalidad del Art. 6 párrafo III de la Ley 1760.

Este Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad fue promovido a instancia de Tatiana de la Fuente demandando la inconstitucionalidad del Art. 6 párrafo III de la Ley No. 1760, dentro del sumario disciplinario que se le sigue por faltas muy graves en el ejercicio de sus funciones como Jueza. Este recurso fue presentado el 27 de julio de 2001 y, luego de correr todo el trámite en el Tribunal Constitucional (Exp. 2.005-12152-25), fue sorteado el 08 de septiembre y el fallo fue emitido el 22 del mismo mes, a solo 10 días hábiles de realizado el sorteo, aunque la ley les otorgaba 30 días para resolver el Recurso, ya que oficialmente se vencía el plazo el 20 de octubre. Tal como lo señala literalmente la Sentencia Constitucional que pasamos a Analizar:



SENTENCIA CONSTITUCIONAL No. 84/01

Sucre, 13 de noviembre de 2001

Expediente: No. 2001-03212-07-RII

Partes: Tatiana de la Fuente

Materia: Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad

Distrito: Cochabamba

Magistrado Relator: Dr. Hugo de la Rocha Navarro

VISTOS: El Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad promovido a instancia de Tatiana de la Fuente demandando la inconstitucionalidad del artículo 6 párrafo III de la Ley N° 1760, dentro del sumario disciplinario que se le sigue por faltas muy graves en el ejercicio de sus funciones como Jueza; sus antecedentes, y

CONSIDERANDO:

I Que, por memorial de 27 de julio de 2001, Tatiana de la Fuente demanda la inconstitucionalidad del artículo 6 párrafo III de la Ley N° 1760 con los siguientes argumentos:

I.1 Que, el artículo impugnado en su párrafo III prescribe: "Las excusas declaradas ilegales en tres oportunidades durante un año, darán lugar a la exoneración del Juez o Magistrado", disposición que ha sido recogida por el artículo 39.2) de la Ley N° 1817, como falta disciplinaria grave y por el artículo 53 de esa misma Ley, que establece como sanción por faltas disciplinarias muy graves la destitución del cargo. Asimismo, en su disposición final segunda dicho cuerpo legal modifica el artículo 24 de la Ley de Organización Judicial introduciendo como agregado "o por faltas graves en proceso disciplinario".

Que, el citado artículo 53 y el agregado introducido, fueron declarados inconstitucionales mediante Sentencia Constitucional N° 011/99 de 18 de octubre de 1999, en la cual se fundamentó que el artículo 53 referido, se apartaba del sentido del artículo 116-IV constitucional, puesto que daba un tratamiento distinto al cese de

funciones de los Ministros, Magistrados, Vocales y Jueces, siendo que todos ellos sólo pueden ser destituidos previa sentencia condenatoria ejecutoriada, pero lamentablemente y no obstante el artículo 58-IV de la Ley N° 1836, al no haber sido impugnada la disposición que ahora demanda, no fue incluida en la señalada sentencia y quedó vigente, pese a su manifiesta inconstitucionalidad, pues su finalidad es exonerar a los jueces sin previa sentencia ejecutoriada, lo cual resulta igualmente contrario al artículo 116-IV de la Constitución.

I.2 Que, como el artículo 6-III de la Ley N° 1760 goza de presunción de constitucionalidad por mandato del artículo 2 de la Ley N° 1836, solicita al Tribunal Sumariante se sirva admitir el incidente aplicando el artículo 62.2 de la Ley N° 1836, dado que la relevancia que tiene el artículo impugnado en la resolución del proceso administrativo disciplinario que se le sigue es incuestionable, pues su acusador ha basado su denuncia en esa norma legal.

CONSIDERANDO II

Que, corrida en traslado la demanda, la parte demandante del proceso administrativo disciplinario responde exponiendo lo siguiente:

II.1 Que, la demanda incidental no cumple estrictamente con los artículos 59 y 60 de la Ley N° 1836, pues lo único que se puede rescatar como fundamentación de lo exigido es la última parte donde alude que la disposición impugnada es relevante porque en ella se basa la denuncia, lo cual es falso, ya que su acusación está referida a la comisión de "la falta disciplinaria muy grave de haberse excusado en por lo menos tres oportunidades durante el lapso de un año, falta muy grave tipificada por el Art. 39 numeral 2 de la Ley N° 1817 en actual vigencia.", a cuyo efecto acompañó la debida prueba, sin evidenciarse en lugar alguno que haya un petitorio referido a que "se cumpla con lo dispuesto por el Art. 6-III de la Ley N° 1760 impugnada por la Juez denunciada".

II.2 Que, por lo expuesto ha demostrado que la recurrente no cumplió con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 1836, al margen de que el Tribunal Disciplinario Sumariante no tiene competencia para aplicar la disposición impugnada por no

encontrarse la misma dentro de las normas disciplinarias, por lo que pide que de acuerdo al artículo 62-I) de la Ley del Tribunal Constitucional se rechace el recurso por ser manifiestamente infundado y no cumplir los requisitos.

CONSIDERANDO III

III.1 Que, contestado el Recurso, el Juez del Tribunal Disciplinario que conoce el proceso administrativo que se le sigue a la recurrente, admite el Recurso por Resolución de 3 de septiembre de 2001 (fs. 7).

III.2 Que, remitido el expediente del Recurso a este Tribunal, la Comisión de Admisión de acuerdo al artículo 64-II de la Ley N° 1836, procede al sorteo de la causa el 1 de octubre de 2001, plazo a partir del cual hubiera corrido el término para pronunciar sentencia; empero, ante la omisión de la anexión de los obrados del expediente del proceso administrativo, por Auto Constitucional N° 361/2001-CA de 4 de octubre de 2001, se solicita al Tribunal Administrativo que remita en fotocopias legalizadas del proceso administrativo que se le sigue a la recurrente Tatiana de La Fuente, a cuyo efecto se suspendió el plazo, el mismo que se reanudó por decreto de 18 de octubre de 2001, fecha en la cual se recibió la documentación adicional solicitada; teniendo en este sentido nuevo vencimiento el 26 de noviembre de 2001, por lo que la presente sentencia está dictada en el plazo legalmente establecido.

CONSIDERANDO IV

Que, del análisis de las cuestiones de derecho se concluye:
IV.1 Que el 31 de marzo de 2001, Edward A. Burke Pommier interpuso denuncia contra la recurrente al tenor de los artículos 39-2 y 43-I de la Ley del Consejo de la Judicatura, 22-I-2), 23 y 64 del Reglamento de Procesos Disciplinarios del Poder Judicial, por la Comisión de la falta muy grave al haberse excusado por lo menos tres veces durante un año, lo cual está tipificado como tal en los citados artículos (fs. 18-19 documentación adicional solicitada).

Que, por escrito de 3 de abril de 2001, el nombrado solicita a la Corte Superior del Distrito de Cochabamba la exoneración de la recurrente amparando su petición en lo

dispuesto por el artículo 6-III de la Ley N° 1760 -impugnado- (fs.26-27 documentación adicional solicitada), ante lo cual dicha Corte emitió el Auto de 4 de abril de 2001, indicando que no le correspondía tramitar la exoneración solicitada, por lo que disponía la remisión del expediente a la Delegación Distrital Jurídica del Consejo de la Judicatura (fs. 28 documentación adicional solicitada).

IV.2 Que, puesta la denuncia ante el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución N° 079/2001 de 12 de abril de 2001, resuelve la apertura del proceso disciplinario de la recurrente por la presunta comisión de la falta disciplinaria prevista en el artículo 39 numeral 2 de la Ley N° 1817 (fs. 39 documentación adicional), resolución que es cumplida por Auto de Apertura de Proceso de 13 de julio de 2001, dictado por el Tribunal Sumariante en el cual a fin de no perjudicar a "la sociedad y las personas que acuden en justicia a los estrados" no se dispone la suspensión de la denunciada (fs. 51 documentación adicional).

CONSIDERANDO V

V.1 Que, el Art. 59 de la Ley N° 1836 prevé que: "El recurso indirecto o incidental procederá en los procesos judiciales o administrativos, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos...".

V.2 Que, consecuentemente en el presente Recurso, lo que cabe únicamente es efectuar el contraste de la norma impugnada con la Constitución, a efectos de establecer su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

CONSIDERANDO VI

VI.1 Que, el artículo 116.VI de la Constitución Política del Estado considerado vulnerado prescribe:

"Los Magistrados y Jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la ley. No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada".

VI.2 Que, el artículo 6 párrafos III de la Ley N° 1760, cuya constitucionalidad se cuestiona prevé lo siguiente:

"Las excusas declaradas ilegales en tres oportunidades durante un año, darán lugar a la exoneración del juez o magistrado".

Que el artículo 39 de la Ley del Consejo de la Judicatura N° 1817 establece: "Son faltas muy graves.... 2. Las excusas declaradas ilegales en tres oportunidades, durante un año".

Que, el artículo 53 (sanción por faltas muy graves) de la misma Ley disponía: "De conformidad a lo dispuesto por el Artículo 116 Parágrafo VI de la Constitución Política del Estado, los funcionarios judiciales que hubieren cometido faltas muy graves en el ejercicio de sus funciones y sobre quienes hubiere recaído sentencia ejecutoriada, serán sancionados con la destitución de sus cargos".

Que, en su Disposición Final Segunda modificaba el artículo 24 de la Ley de Organización Judicial prescribiéndolo de la siguiente manera: "Ningún Magistrado o Juez podrá ser destituido de sus funciones, sino en virtud de sentencia ejecutoriada, sea por delitos comunes, por delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones o por faltas graves en proceso disciplinario".

Que dicha modificación y el citado artículo 53 fueron declarados inconstitucionales por Sentencia Constitucional N° 011/99 de 18 de octubre de 1999 con el siguiente fundamento:

"Que, de lo anterior se establece que la previsión contenida en el Art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura, en sentido de que "los funcionarios judiciales que hubieren cometido faltas muy graves y sobre los que hubiere recaído sentencia ejecutoriada, serán sancionados con la destitución de sus cargos", se aparta de manera inadmisibles del texto y el sentido del precepto constitucional del Art. 116-VI antes mencionado puesto que pretende dar un tratamiento jurídico distinto al cese de funciones de los Ministros, Magistrados, Vocales y Jueces siendo que conforme al texto y sentido del orden constitucional, todos ellos, sólo pueden ser destituidos previa sentencia condenatoria ejecutoriada, de lo que se e que el Art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura contradice el orden constitucional antes aludido.

Que la disposición final Segunda del Capítulo III del Título VI de la Ley del Consejo de la Judicatura, modifica el Art. 24 de la Ley de Organización Judicial, bajo el siguiente texto: "Artículo 24.- (Destitución, Traslado y Suspensión de Magistrados o Jueces).- Ningún magistrado o juez podrá ser destituido de sus funciones, sino en virtud de sentencia ejecutoriada, sea por delitos comunes, por delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones o por faltas graves en proceso disciplinario".

Que, al establecer el indicado artículo que los magistrados y jueces podrán ser destituidos no sólo por sentencia condenatoria ejecutoriada, sino también por faltas graves en proceso disciplinario, viola también el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales aludidas precedentemente.

CONSIDERANDO VII

VII.1 Que, efectuado el contraste de la norma impugnada con la norma constitucional considerada infringida y de manera consecuente con la correcta interpretación efectuada en la Sentencia Constitucional referida, se establece de manera clara y contundente que esta última resulta lesionada por la primera, dado que se aparta de sus disposiciones expresas, pues el artículo 116-VI de la Constitución al establecer que "Los Magistrados y Jueces No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada", no admite otra forma de destitución de una autoridad judicial que ostente dichos cargos, de manera que cualquier otra causal de destitución que se invoque o se prescriba en una ley, reglamento o cualesquier género de norma no judicial, resulta contraria al orden constitucional establecido; y en consecuencia, a quien pretenda aplicarse violatorio a sus derechos reconocidos expresamente en la Constitución.

VII.2 Que, resulta evidente que el artículo 6-III de la Ley N° 1760, tendrá relevancia en el caso concreto, pues la solicitud de exoneración del cargo de Juez presentada por el denunciante dentro del proceso disciplinario que se le sigue a la recurrente, se apoya expresamente en la referida disposición por una parte; por otra, dicha disposición necesariamente será la que apoye el fallo para el caso de que resulte probada la denuncia, dado que los artíc e la Ley N° 1817 y 24 de la Ley de

Organización Judicial, este último en su modificación, fueron declarados inconstitucionales.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, ejerciendo la jurisdicción que le confieren los artículos 120. 1ª de la Constitución Política del Estado y 7-2) de la Ley N° 1836, declara INCONSTITUCIONAL el párrafo III del artículo 6 de la Ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997.

Regístrese y devuélvase.

No firma el Magistrado Dr. Willman Ruperto Durán Ribera, por no haber conocido el asunto al estar declarado en comisión.

Dr. Hugo de la Rocha Navarro

PRESIDENTE

Dr. René Baldivieso Guzmán

DECANO

Dra. Elizabeth I. de Salinas

MAGISTRADA

Dr. Felipe Tredinnick Abasto

MAGISTRADO

Repercusiones a la Sentencia Constitucional 0084/2001

Esta sentencia se refiere a un Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad, promovido por Tatiana de la fuente demandando la Inconstitucionalidad del Art. 06 párrafo III de la Ley No. 1760, dentro del sumario disciplinario que le sigue por faltas muy graves en el ejercicio de sus funciones como Jueza, en sentido de que “Las excusas declaradas ilegales en tres oportunidades durante un año darán lugar a la exoneración del juez o magistrado”, se aparta de manera inadmisiblemente del texto y el sentido del precepto constitucional del Art. 116 – VI de la Constitución Política del Estado, puesto que pretende dar un tratamiento jurídico distinto al cese de funciones de los Ministros, Magistrados, Vocales y Jueces; Siendo que conforme al texto y sentido del orden constitucional, todos ellos solo pueden ser destituidos previa sentencia condenatoria ejecutoriada; de lo que se establece que el Art. 6 párrafo III de la Ley No. 1760, contradice el orden constitucional. Con relación al Art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura que determina que “Los Funcionarios Judiciales que hubieren cometido faltas muy graves y sobre los que hubiere recaído sentencia ejecutoriada, serán sancionados con la destitución de sus cargos”, y al Art. 24 de la Ley de Organización Judicial que determina que “Ningún Magistrado o Juez podrá ser destituido de sus funciones sino en virtud de sentencia ejecutoriada, sea por delitos comunes, por delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones o por faltas graves en proceso disciplinario, al establecer el indicado artículo que los Magistrados y jueces podrán ser destituidos no solo por sentencia condenatoria ejecutoriada sino también por faltas graves en proceso disciplinario, viola también el contenido y alcances de las disposiciones constitucionales aludidas, por lo que se declararon Inconstitucionales los artículos 53 de la Ley del Consejo de la judicatura y 24 de la Ley No. 1455 (Ley de Organización Judicial) y asimismo se declara Inconstitucional el Art. 6 párrafo III de la Ley No. 1760. Sobre este tema pasamos a resaltar los puntos más importantes de la misma:

Se mantiene la línea jurisprudencial de cumplimiento a la supremacía de la Constitución y se respeta la no violación de normas constitucionales que se han querido implementar de manera indebida en el Art. 53 de la Ley del consejo de la Judicatura, el Art. 24 de la Ley de Organización Judicial y en el Art. 6 párrafo III de la Ley No. 1760, para pretender hacer parecer como Constitucional; sin

embargo eran artículos negativos, con atribuciones jurisdiccionales que no les competen.

Se ha pretendido insertar en el art 53 de la Ley del consejo de la Judicatura, en el Art. 24 de la Ley de Organización Judicial y en Art. 6 párrafo III de la Ley No. 1760, el concepto de “faltas Muy graves”, como causal de destitución de Magistrados y Jueces, violentando el espíritu constitucional del Art. 116 inc VI de la Carta Magna. Sin tomar en cuenta que las varias veces reiterada sentencia ejecutoriada solo podrá ser dictada por el ente jurisdiccional y no administrativo.

3) La SC 0016/2000, referente a un Recurso Directo de Inconstitucionalidad, demandando la Inconstitucionalidad de varios artículos del Estatuto del funcionario Público, Ley No. 2027, el 3 de abril del 2000, el parlamentario Benjamin Miguel Harb y otros interpusieron dicho recurso Teniendo el Tribunal el plazo de 30 días hábiles para resolver la demanda, es decir podía resolverlo hasta el 03 de abril de 2000. Pasamos a analizar dicha sentencia que la desarrollamos in extenso:



SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 016/00

Expediente: 99-00526-02-RDI

Materia: RECURSO DIRECTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Distrito: La Paz

Partes : Benjamín Miguel Harb, Eduardo Paz Rada, Andrés Solíz Rada, Edgardo Vásquez Tapia, Daniel Santalla Torres, Raúl Araoz Velasco, Pedro Rubín de Celis, Raúl Pórcel Gonzáles, Carlos Aranibar Escarcha, Miriam Maesse Ribera, Armando de la Parra, Doris Cruz Romano, Ricardo Alberto Díaz, Diputados Nacionales c/ Jorge Quiroga Ramírez, Presidente Nato del Congreso Nacional.

Lugar y fecha: Sucre, 3 de abril de 2000

Magistrado Relator : Dr. René Baldivieso Guzmán.

VISTOS: El Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados Nacionales señores: Benjamín Miguel Harb, Eduardo Paz Rada, Andrés Solíz Rada y otros, contra el Presidente Nato del Congreso Nacional, Ing. Jorge Quiroga

Ramírez demandando la inconstitucionalidad de varios artículos del Estatuto del Funcionario Público, Ley N° 2027.

CONSIDERANDO I:

Que los demandantes interponen el indicado recurso a fs. 29-44, en fecha 15 de noviembre de 1999, con los siguientes fundamentos que se los resume en lo esencial.

1. El 27 de octubre de 1999 fue aprobado en el Legislativo el "Estatuto del Funcionario Público", para ser luego promulgado como Ley de la República. "... Manifestamos - expresan los demandantes- nuestra profunda sorpresa y total desacuerdo con el contenido de dicha ley que atenta contra los preceptos de nuestra Carta Magna (...) particularmente advertir que se incurrió en una flagrante violación de expresa norma constitucional en su Art. 185, en cuanto a la esencia de la Autonomía Universitaria, los Arts. 228 y 229 referidos a la inalterabilidad de los principios, garantías y derechos constitucionales, así como la supremacía de la Carta Magna...".

Interponen su recurso contra el Ing. Jorge Quiroga Ramírez, Presidente Nato del Congreso Nacional, por ser el órgano donde se gestó la Ley N° 2027 de 27 de octubre de 1999, publicada el 4 de noviembre del mismo año (Gaceta Oficial N° 2176, La Paz-Bolivia.)

2. Afirman que la Ley del Funcionario Público conculca la Constitución Política del Estado en lo que respecta a la Autonomía Universitaria reconocida por el Art. 185 de la Constitución Política del Estado cuyo texto transcriben. Consideran que el Estatuto del Funcionario Público incluye dentro de su tratamiento a la Universidad "... perforando el principio de la Autonomía, a través del Art. 3° parágrafos I y III", cuyo texto igualmente transcriben.

3. Refiriéndose concretamente al párrafo III del citado Art. 3° indican que vulnera la Autonomía Universitaria, incurriéndose de manera abierta en una flagrante violación a los Arts. 185 y 229 de la Constitución Política del Estado, porque la carrera administrativa, tanto en el sector administrativo como en el docente, está sujeta al principio de la Autonomía Universitaria según lo dispone el Art. 185 de la Constitución Política del Estado, que permite que las Universidades aprueben sus propios estatutos, su

forma de organización propia, diferente a la de cualquier otra institución pública, aspecto que la Ley N° 2027 no prevé. En los hechos, de acuerdo con el Art. 185, las Universidades (Públicas) ejercen la libre disposición de sus recursos, el nombramiento de autoridades académicas, personal docente y administrativo, la elaboración y aprobación de sus estatutos y planes de estudio.

4. El referéndum de 11 de enero de 1931 -prosiguen los demandantes - en el que se incorpora la Autonomía Universitaria, es el único en los anales del constitucionalismo boliviano en el que fueron capaces de consensuar las élites gobernantes con su pueblo; por ello la Autonomía Universitaria tiene mucho mayor valor y consistencia histórica-social, que ahora pretende ser infringida a través de una ley de rango jurídico inferior, contraviniendo el propio Art. 228 de la Constitución Política del Estado.

5. El Art. 58° -dicen- busca legitimar la política de intervención a la Universidad, haciendo caso omiso al Art. 185 de la Constitución Política del Estado. A este respecto, el IX Congreso Nacional de Universidades, como máxima instancia de decisión, ha aprobado un conjunto de documentos y reglamentos a los que se regirá el Sistema de la Universidad Boliviana en el curso de los próximos cuatro años.

6. Señalan que el Art. 61° de dicha ley atenta contra las propias competencias que deberían corresponder a las autoridades universitarias. El inciso a) del citado artículo rompe totalmente la relación de dependencia existente entre las autoridades universitarias y el personal docente administrativo; igual a dicho inciso ocurre con los incisos d), i) y e). Se puede también ver la intromisión del "órgano rector" (Ministerio de Hacienda) en las políticas de sujeción a los funcionarios de la Universidad por el Ejecutivo. El Art. 62° de la Ley del Funcionario Público relativo a los "recursos jerárquicos", elimina totalmente las competencias de los organismos universitarios, trasladando a la Superintendencia del Servicio Civil todos aquellos recursos.

7. Por los alcances del texto del Art. 68° del Estatuto del Funcionario Público -que se lo cita textualmente- se tendrá que las Universidades no podrán nombrar sus autoridades académicas, sus docentes ni personal administrativo, quedando ellos sometidos a los

designios de la Superintendencia del Servicio Civil (Art. 58° de la Ley N° 2027).

8. En cuanto al Régimen Social, señalan los recurrentes que la Ley N° 2027 pretende borrar con un plumazo los derechos y garantías sociales protegidos por la Constitución y las leyes sociales, producto de muchos sacrificios por parte de los trabajadores del país. En su Título III, el Estatuto sujeta a los trabajadores a la inestabilidad laboral; citan los Arts. 18°, 19°, 20° y 22° de dicho instrumento legal. Desde el Art. 27 al 33 de la Ley N° 2027 se está sujetando a los trabajadores a las políticas de mercado dentro del juego de la oferta y la demanda. Luego de citar el Art. 29° de la Ley N° 2027, expresan que se violenta el Art. 158 de la Constitución Política del Estado. Asimismo el Estatuto del Funcionario Público estaría quebrantando la estructura e institucionalidad de las universidades, basada en la democracia interna.

9. El Art. 69° de la Ley N° 2027 excluye a los trabajadores que sean contratados después de la puesta en vigencia del Estatuto del Funcionario Público, con lo que se hace discriminación laboral "reconociendo funcionarios de primera y de segunda clase", en contraposición a los Arts. 6 y 162 de la Constitución Política del Estado.

10. Los Arts. 68°, 69°, 70° y 71° fijan un plazo para que aquellos que tienen más de 7 años de trabajo, renuncien a sus cargos a fin de obtener sus liquidaciones, siendo optativa su recontractación, pero en calidad de funcionario público sin derecho a beneficios que reconoce la Ley General del Trabajo. Los trabajadores de la Universidad nunca fueron considerados funcionarios públicos; inclusive existe el D.S. N° 08162 de 28 de noviembre de 1967 que los excluye de esa calidad. Luego de algunas otras consideraciones expuestas al final de su demanda los recurrentes piden se declare, "la inconstitucionalidad parcial de la Ley del Estatuto del Funcionario Público y en consecuencia la derogatoria de los artículos que vulneran la Autonomía Universitaria y el Régimen Social, citados en el memorial...".

Concluyen precisando los artículos cuya inconstitucionalidad demandan son los siguientes: Art. 3°, párrafos II y III; Art. 7°, párrafo III; Art. 28°; Art. 29°; Art. 58°, párrafos I y III; Art. 61°, incisos: a), c), d) e), i) y l) ;Art. 62°, párrafos I y II; Art.

68°; Art. 69°, de la Ley N° 2027 de 27 de octubre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 2176, el 4 de noviembre de 1999.

CONSIDERANDO II:

Que mediante Auto Constitucional N° 119/99-CA, de 10 de diciembre de 1999, se admite el presente Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad.

Que citada la parte demandada con la pro n correspondiente, en fecha 4 de enero de 2000, contesta a fs. 72 el Presidente Nato del Congreso Nacional, Ing. Jorge Quiroga, mediante memorial presentado dentro del plazo legal, cuyo contenido se resume en los siguientes puntos:

1. Los demandantes -dice- parecen haber sido impresionados por la susceptibilidad de las autoridades universitarias con la vigencia del Estatuto del Funcionario Público "... al que encuentran como atentatorio a la autonomía universitaria...", lo que no corresponde a la verdad puesto que más bien dicha ley excluye en forma expresa de su campo de aplicación a las carreras administrativas en las Universidades Públicas del país.
2. Explica el demandado que la "función pública en Bolivia se encuentra regida básicamente por la Constitución Política del Estado; la Ley SAFCO; el D.S. N° 23318-A; la R.S. N° 217064 que aprueba las Normas Básicas del Sistemas de Administración de Personal, así como por otras disposiciones legales ...". Menciona el Art. 43 de la Constitución Política del Estado que dispone que una ley especial establecerá el Estatuto del Funcionario Público, de manera que al haberse sancionado y promulgado la Ley N° 2027 (Estatuto del Funcionario Público), se ha dado cumplimiento a la Constitución Política del Estado.
3. Se confunden peligrosamente los conceptos de soberanía y autonomía y transcriben en seguida el Art. 185 de la Constitución Política del Estado. Añaden que las instituciones autónomas no son soberanas, de lo contrario se crearía el caos y el desconcierto en la administración pública. El Art. 2 de la Constitución Política del Estado señala en qué consiste la soberanía. El Estatuto del Funcionario Público -afirma la parte demandada- en ninguno de sus artículos viola la autonomía universitaria porque no la limita en sus bases sustanciales que son: la libre administración de los recursos; el nombramiento de

rectores, personal docente y administrativo; la elaboración y aprobación del estatuto, planes de estudio y presupuestos anuales. Por otra parte los funcionarios universitarios están sujetos a las leyes vigentes como la Ley SAFCO por ejemplo, y no pueden sustraerse de ellas bajo el pretexto de la "autonomía".

4. Sostiene, asimismo, que al referirse la Constitución Política del Estado a las Universidades Públicas, son parte del aparato estatal y por ello en su Art. 187 se dice "que serán obligatorias y suficientemente subvencionadas por el Estado con fondos nacionales", de manera que "quienes prestan sus servicios en las Universidades Públicas son funcionarios públicos y están sometidos a las previsiones del Título IV de la Primera parte de la Constitución Política del Estado".

5. Los párrafos II y III del artículo 3° del Estatuto del Funcionario Público no vulneran el Art. 185 de la Constitución Política del Estado, puesto que en el párrafo III se establece que las carreras administrativas de las Universidades Públicas se regularán por su legislación especial, declaración que constituye un expreso reconocimiento de la Autonomía Universitaria, concordante con el inciso b) del Art. 1° de la citada Ley N° 2027.

6. Al citar el Art. 28° de la Ley N° 2027 indica el demandado que en virtud de la parte final de este precepto, las Universidades Públicas están excluidas del ámbito de aplicación del Estatuto impugnado, en lo referente a la reglamentación de procesos evaluativos, conforme al Estatuto, las Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal y Normativas emitidas por el órgano rector. "Tampoco es evidente -reitera el demandado- que los párrafos I y II del Art. 58°; 61°, incisos a), c), d), e), i) y l), así como los párrafos I y II del Art. 62° infringen el Art. 185 de la Constitución Política del Estado, puesto que todos ellos se refieren exclusivamente a la creación de la Superintendencia de Servicio Civil, bajo la tuición del Ministerio de Hacienda...".

7. Sostiene en tal sentido que los preceptos citados "... no se refieren ni afectan, ni se tienen que aplicar total o parcialmente a las Universidades Públicas, por lo que resulta inatinado haber demandado la inconstitucionalidad de esas disposiciones legales, peor

que se tenga que obligar a las Universidades a aportar el 0.4% de sus recursos para financiar el presupuesto de la Superintendencia del Servicio Civil..."

8. Al final de su alegato, la parte demandada reitera que el Art. 68° de la Ley N° 2027 no es violatorio de la Autonomía Universitaria. Refiriéndose, al Título IV de la Ley N° 2027, señala el demandado que la argumentación de contrario es impertinente, porque "es la misma Constitución Política del Estado la que en forma adecuada y precisa distingue a los funcionarios públicos, llama a los servidores públicos por el Estatuto, de los trabajadores propiamente dichos sujetos a un contrato de trabajo.

9. Concluye manifestando que "se devolvió a los trabajadores de las empresas e instituciones públicas descentralizadas el pleno goce de los derechos contemplados en la Ley General del Trabajo, por encontrarse bajo su ámbito de aplicación", en virtud de los DD.SS. N° 08141 de 16 de noviembre de 1967 y 08162 de 28 de noviembre de 1967, condición en la que actualmente se encuentran los trabajadores administrativos y docentes de la Universidad Pública, en cuanto al pago de sus beneficios sociales, pero sujetos a los Estatutos y Reglamentos vigentes para cada una de ellas.

10. Sostiene el demandado que los Arts. 157, 158, 159 y 162 de la Constitución Política del Estado, que se acusan de haber sido violados según afirmación de los recurrentes, están citados incongruentemente, pues sólo rigen para las relaciones laborales que se contraen entre patronos y trabajadores, pero no rigen para los funcionarios públicos que tienen otro Estatuto, sujetos a la carrera administrativa de acuerdo con lo prescrito por los Arts. 43 y 44 de la Constitución Política del Estado.

CONSIDERANDO III:

Que así expuesta la cuestión, se pasa a examinar el fondo de la demanda de fs. 29-44:

Que los demandantes citan el Art. 185 de la Constitución Política del Estado, como la norma que particularmente ha sido violada por la Ley N° 2027 (Estatuto del Funcionario Público), junto a otros preceptos de la Constitución que se mencionan más adelante, atentando contra la autonomía universitaria, según afirman los recurrentes en su demanda de fs. 29-44.

Que el Art. 185 de la Constitución Política del Estado define el sentido y alcances de la autonomía universitaria, señalando en qué consiste, pudiendo resumirse en los siguientes aspectos: a) libre administración de sus recursos; b) nombramiento de sus rectores, personal docente y administrativo; c) elaboración y aprobación de sus estatutos, planes de estudio y presupuestos anuales; d) aceptación de legados y donaciones; e) celebración de contratos para realizar sus fines, sostener y perfeccionar sus Institutos y Facultades.

Que el Art. 43 de la Constitución Política del Estado dispone que: "Una ley especial establecerá el Estatuto del Funcionario Público sobre la base del principio fundamental de que los funcionarios y empleados públicos son servidores exclusivos de los intereses de la colectividad". Que para el desarrollo de este precepto constitucional el Poder Legislativo sancionó en fecha 22 de octubre de 1999, la Ley N° 2027 publicada el 4 de noviembre de 1999, denominada Estatuto del Funcionario Público.

Que el Art. 3°-III del mencionado Estatuto, dispone que: "Las carreras administrativas en los Gobiernos Municipales, Universidades Públicas, Escalafón Judicial del Poder Judicial (...), se regularán por su legislación especial aplicable en el marco establecido en el presente Estatuto".

Que la norma precedentemente citada resulta fundamental para resolver el planteamiento de la demanda por cuanto dicho precepto se remite a una legislación especial, propia, que se halla prevista por el Art. 185 al 189 de la Constitución Política del Estado, norma que establece que serán las mismas universidades públicas las que dicten sus propias normas estatutarias.

CONSIDERANDO IV:

Que, de lo anterior se extrae que es necesario precisar con claridad qué preceptos de la normativa legal en análisis constituyen el marco en el que se aplicará la Legislación especial que rige a la Universidad Boliviana, a que se refiere el Art. 3°-III de la Ley N° 2027; para establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

Que el Art. 4 de la Ley del Tribunal Constitucional en el caso excepcional en que una

ley admita diferentes interpretaciones, faculta al Tribunal Constitucional, "... en resguardo del principio de conservación de la norma, adoptar la interpretación que concuerde con la Constitución".

Que, de las consideraciones precedentemente expuestas, se deduce que ese marco, según el sentido de la ley, lo constituyen los principios y disposiciones generales contenidos en la Ley N° 2027, integrado por los artículos: 1°, 2°, 3°, 4°, 7°-I, 10°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 53°, 54° y 55°; los mismos que guardan plena armonía con el orden constitucional; quedando fuera de ese marco los restantes ptos de la referida Ley -incluyendo sus Disposiciones Transitorias- en las que se encuentran los artículos impugnados.

CONSIDERANDO

V:

Que, por todo lo expuesto, interpretados así los alcances del Estatuto del Funcionario Público en el ámbito de la cuestión planteada, no contraría los preceptos constitucionales cuya infracción se señala, conclusión a la que se llega como resultado de una necesaria y adecuada interpretación orgánica e integrada de la Ley Fundamental en relación con las normas impugnadas, en los términos antes expuestos. Consiguientemente los diferentes artículos de la Ley N° 2027 que fueron impugnados en este recurso, no son contrarios a las normas de la Constitución Política del Estado que los demandantes señalan como violadas.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los Arts. 120-1ª de la Constitución Política del Estado, 7 inc. 1) y 54 y siguientes de la Ley N° 1836, de acuerdo con los alcances interpretativos señalados en el considerando (IV), **DECLARA LA CONSTITUCIONALIDAD** de los artículos impugnados en el presente Recurso: Art. 3°, párrafo II y III; Art. 7°, párrafo III; Art. 28°; Art. 29°; Art. 58°, párrafos I y III; Art. 61°, incisos a), c), d), e), i) y l); Art. 62°, párrafos I y II; Art. 68° y Art. 69° de la Ley N° 2027 de 27 de octubre de 1999.

Regístrese, hágase saber.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 016/00 (Continúa de la página n° 7)

Mag. Pablo Dermizaky Peredo

Dr Hugo de la Rocha Navarro

PRESIDENTE

DECANO

Dr. René Baldivieso Guzmán Dr. Willman R. Durán Ribera

MAGISTRADO

MAGISTRADO

Dra. Elizabeth I. de Salinas

MAGISTRADA

Expediente N° 99-00526-02-RDI

AUTO CONSTITUCIONAL N° 009/00 - ECA

Sucre, 11 de abril de 2000

VISTOS: La solicitud de explicación, enmienda y complementación de la Sentencia N° 016/00 de 3 de abril de 2000 dictada dentro del Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados Nacionales Benjamín Miguel Harb y otros, entre los que figura el Diputado impetrante Edgardo Vázquez Tapia, contra Jorge Quiroga Ramírez, Presidente Nato del Congreso Nacional, demandando la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 2027 (Estatuto del Funcionario Público);

CONSIDERANDO: Que habiéndose presentado dentro del término establecido por el Art. 50 de la ley 1836, corresponde dar curso a la aclaración solicitada.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, en aplicación del Art. 50 de la Ley 1836 ACLARA lo siguiente:

1. La norma contenida en el Art. 3°-III de la Ley N° 2027 (Estatuto del Funcionario Público), como se indica en la Sentencia N° 16/00 de 3 de abril de 2000, pronunciada por este Tribunal, faculta a las Universidades Públicas a regirse por su propia legislación, sirviendo de marco de dicha legislación especial los artículos mencionados en el Considerando IV del fallo aludido.

2. El Art. 10 del Estatuto del Funcionario Público forma parte de ese marco aplicable a los empleados que trabajan en la Universidad Boliviana; no así la Cátedra Universitaria, que por expresa disposición constitucional no está comprendida dentro de las

prohibiciones e incompatibilidades anotadas en el referido artículo (así lo consagran los artículos 50.1º, 116-IX, 128-IV de la C.P.E.)

3. En el presente caso quienes han interpuesto el recurso son los Diputados Nacionales que suscriben la demanda, en virtud de la legitimación que les reconoce el Art. 120-1ª de la Constitución Política del Estado y Art. 55 de la Ley N° 1836; circunscribiendo la impugnación de los artículos aludidos de la Ley 2027, en la presunta violación al régimen de la autonomía universitaria, consagrada en los artículos 185 al 189 de la Constitución Política del Estado.

4. En cuanto a la solicitud de aclaración sobre las presuntas transgresiones a los artículos 6º, 159, parágrafo 2º, 7º inciso b) (de la Constitución Política del Estado), debe aclararse que conforme lo precisa el **CONSIDERANDO IV** de la Sentencia Constitucional N° 016/00, los artículos 5, 6, 7-II y III, 8, 9, 11 y 17 del Título II y los Títulos III, IV, VI y VII del Estatuto del Funcionario Público impugnados como contradictorios a los preceptos constitucionales antes citados, no forman parte del marco de aplicación de la Legislación especial que rige a la Universidad Boliviana en el ámbito de aplicación de la Ley N° 2027.

Regístrese y hágase saber.

No interviene el Mag. Pablo Dermizaky Peredo, por encontrarse en viaje oficial.

Dr. Hugo de la Rocha Navarro

DECANO

Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

MAGISTRADO

Dr. René Baldivieso Guzmán

MAGISTRADO

Dra. Elizabeth I. de Salinas

MAGISTRADA

Repercusiones a la Sentencia Constitucional 0084/2001

Esta sentencia se refiere a un Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados Nacionales señores: Benjamín Miguel Harb, Eduardo Paz Rada, Andrés Solíz Rada y otros, contra el Presidente Nato del Congreso Nacional, Ing. Jorge Quiroga Ramírez demandando la inconstitucionalidad de varios artículos del Estatuto del Funcionario Público, Ley N° 2027, la misma que fue resuelta en fecha 3 de abril de 2000, Sobre este tema pasamos a resaltar los puntos más importantes de la misma:

Esta ley del Funcionario público incurre en una flagrante violación de la norma constitucional, ya que el Art. 185 de la C.P.E.(Anterior), dispone que las Universidades elaboren y aprueben sus propios estatutos, Planes de estudio, su forma de organización, ejerciten la libre disposición de sus recursos, el nombramiento de autoridades académicas, personal docente y administrativo, diferente a la de cualquier otra institución pública, en cuanto a la esencia de la Autonomía Universitaria, los Arts. 228 y 229 referidos a la inalterabilidad de los principios, garantías y derechos constitucionales, así como la supremacía de la Carta Magna, perforando el principio de la Autonomía, a través del Art. 3º parágrafos I y III", aspecto que la Ley N° 2027 no prevé.

Citamos esta sentencia como ejemplo: No por haber sido declarada inconstitucional; Sino por que la interpretación del poder ejecutivo dio lugar a una equivocada aplicación de la Ley 2027, en cuanto se refería al sistema universitario, violando de esta manera la Autonomía universitaria consagrada en la C.P.E.

Sin embargo basto la aclaración, mediante el Auto Constitucional N° 009/00, de fecha 11 de abril de 2000, en el cual se determina que en ningún momento dicha violentaba el espíritu de la Autonomía Universitaria, toda vez que en la misma, no se encontraban incluidas la Universidad y las Alcaldías por ser Entes Autónomos.

Este caso es muy importante de analizar ya que la ley en su extensión no era negativa sino la interpretación en su aplicación por el ejecutivo dio cause a que los diputados de esa época la demanden de Inconstitucionalidad.

Con los ejemplos anteriores llegamos a la conclusión de que es muy importante el control constitucional, toda vez que el Parlamento no puede dictar Leyes que contradigan lo preceptuado por la N.C.P.E, ya que se convertirían en Leyes negativas que no pueden ser acatadas por la ciudadanía en general y que las mismas tienen toda la potestad Legal para poder impugnarlas de acuerdo a las Leyes vigentes de nuestro estado nacional.