



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

# MEMORIA

## II CONGRESO INTERNACIONAL DE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL:  
MIRADAS DIALÓGICAS, REFLEXIONES,  
RETOS Y DESAFÍOS DE LA  
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

“ En conmemoración al centenario  
de las primeras Salas  
Constitucionales ”

8 AL 10 OCTUBRE 2020

-  Eduardo Andrés Velandia Canosa
-  Wendy Molina Andrade
-  Alan E. Vargas Lima
-  Patricio Maraniello
-  Gerardo Eto Cruz
-  Jorge Asbún Rojas
-  Luis Alberto Petit Guerra
-  Paul Enrique Franco Zamora
-  Fernando Bruno Escobar Pacheco
-  Juan Alberto Castañeda Méndez
-  Eduardo G. Esteva Gallicchio
-  Haideer Miranda Bonilla
-  Alfonso Santiago
-  Carlos Alberto Calderón Medrano
-  Paúl Córdova Vinuesa
-  Pablo Darío Villalba Bernié
-  Josep Joan Moreso Mateos
-  Francisco Javier Díaz Revorio
-  Néstor Pedro Sagüés





# CRÉDITOS

## MEMORIA

II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL: MIRADAS DIALÓGICAS, REFLEXIONES, RETOS Y  
DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL  
*“En conmemoración al centenario de las primeras Salas Constitucionales”*

**MSc. Paul Enrique Franco Zamora**  
**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL  
DE BOLIVIA**

**EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL**  
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

**COORDINACIÓN EDITORIAL**  
Equipo de Presidencia

**DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**  
Unidad de Comunicación y Protocolo

**DEPÓSITO LEGAL:**  
3-1-93-20 PO.

**EDICIÓN 2020**

## DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad  
de cada autora o autor y no representan la opinión del Tribunal Constitucional  
Plurinacional de Bolivia

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este libro sin  
el permiso expreso y por escrito de este editor.

Sucre, noviembre de 2020

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....7

PROGRAMA.....9

## PRIMER EJE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.... 13

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA  
*Eduardo Andrés Velandia Canosa*..... 15

EVOLUCIÓN Y TRASCENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL  
*Wendy Molina Andrade*..... 53

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN  
BOLIVIA. *Su proyección y desarrollo actual como un modelo plural*  
*Alan E. Vargas Lima*..... 79

LA LID CONSTITUCIONAL UN CAMINO ENTRE EL JUEZ  
CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ CONVENCIONAL  
*Patricio Maraniello* ..... 119

## SEGUNDO EJE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ..... 125

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE  
CONVENCIONALIDAD. LOS RETOS CONTEMPORÁNEOS  
*Gerardo Eto Cruz* ..... 127

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD  
EN BOLIVIA  
*Jorge Asbún Rojas* ..... 137

**TERCER EJE**  
**ACCIONES Y/O RECURSOS CONSTITUCIONALES** ..... 157

DEL MAL LLAMADO (RECURSO) DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL  
EN LA DESVIACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL CASO  
VENEZUELA  
*Luis Alberto Petit Guerra* ..... 159

INNOVACIONES PROCESALES: CONTROL DE LEGALIDAD EN LA  
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DEL RECURSO DIRECTO DE  
NULIDAD  
*Paul Enrique Franco Zamora* ..... 181

DESAÍOS DEL SISTEMA PROCESAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES FRENTE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN BOLIVIA  
*Fernando Bruno Escobar Pacheco* ..... 199

CONTROL CONSTITUCIONAL Y EL AMPARO ELECTORAL  
*Juan Alberto Castañeda Méndez* ..... 213

EL SISTEMA DE ACCIONES CONSTITUCIONALES SEGÚN EL DERECHO  
CONSTITUCIONAL URUGUAYO  
*Eduardo G. Esteva Gallicchio* ..... 221

**CUARTO EJE**  
**INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**  
**CONSTITUCIONAL** ..... 233

EL USO DE DERECHO COMPARADO POR LOS TRIBUNALES  
CONSTITUCIONALES  
*Haideer Miranda Bonilla* ..... 235

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y DOCTRINA DEL MARGEN NACIONAL  
DE APRECIACIÓN. “Para una adecuada articulación entre los sistemas nacionales e  
interamericano de protección de los derechos humanos”  
*Alfonso Santiago* ..... 251

PRESENTACIÓN DE AVANCES DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL “INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL  
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA”  
*Carlos Alberto Calderón Medrano* ..... 281

**QUINTO EJE**  
**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE**  
**CONVENCIONALIDAD** ..... 297

EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD Y EL IUS COMUNE  
INTERAMERICANO  
*Paúl Córdova Vinuesa* ..... 299

LA INCIDENCIA DE LA CONVENCIONALIDAD SOBRE LOS PROCESOS  
CONSTITUCIONALES  
*Pablo Darío Villalba Bernié* ..... 319

CONFLICTOS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y MANERAS DE  
RESOLVERLOS  
*Josep Joan Moreso Mateos* ..... 345

**SEXTO EJE**  
**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL** ..... 369

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL  
*Francisco Javier Díaz Revorio* ..... 371



|   |     |
|---|-----|
| TRAS LAS HUELLAS DE HANS Kelsen. A CIEN AÑOS DE LA PRIMERA CORTE CONSTITUCIONAL Y OCHENTA DE LA PRIMERA SALA CONSTITUCIONAL. En homenaje a Roberto Romboli.<br><i>Néstor Pedro Sagüés</i> ..... | 385 |
| <b>ACTO DE RECONOCIMIENTO AL PROFESOR PEDRO SAGÜÉS</b> .....  | 415 |
| <b>PRESENTACIÓN DE LIBROS</b> .....   | 419 |
| LIBRO “JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL”<br><i>Autor: Paul Enrique Franco Zamora</i> .....   | 421 |
| LIBRO “COMPENDIO JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO”<br><i>Autor: Carlos Alberto Calderón Medrano</i> .....   | 423 |
| LIBRO “JUSTICIA DIALÓGICA EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES”<br><i>Autor: Paúl Córdova Vinuesa</i> .....   | 425 |
| <b>PALABRAS DE CLAUSURA</b> .....   | 427 |

## PRESENTACIÓN

Recapitular los aciertos y potencialidades de un siglo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, incumbe un repaso académico de las experiencias comparadas, un simbólico legado jurídico que perdura en la cotidiana práctica forense.



Desde el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, provino la iniciativa pedagógica de instaurar un espacio recíproco de debate académico, destinado a ilustrar componentes jurídicos referidos a los cien años de vigencia de las primeras instancias colegiadas cuya labor concentra la administración de justicia constitucional, enmarcándose los aportes de expertos (nacionales e internacionales) sobre elementos de su génesis histórica, los modelos teóricos adoptados, las nuevas tendencias de interpretación y argumentación, concluyendo -así- las jornadas programadas en diversas contribuciones enlazadas hacia las tendencias de convencionalidad y análisis jurisprudencial.

Bajo estas consideraciones, el escenario de fortalecimiento pedagógico del TCP acogió el **II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: MIRADAS DIALÓGICAS, REFLEXIONES, RETOS Y DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**, actividad institucional organizada “En conmemoración al centenario de las primeras Salas Constitucionales”. Durante las sesiones académicas, fueron disipadas interrogantes versadas en los seis ejes temáticos, se distribuyeron preguntas con la finalidad de afianzar el conocimiento



de los partícipes de tan magno evento; no obstante, la calidad educativa insta un proceso de seguimiento de los resultados obtenidos, estimulando el diseño de un compilado intelectual, que agrupe los contenidos profundizados en cada jornada y responda a los resultados categóricos agendados a lo largo del Congreso.

Es un honor presentar, gracias a la comunidad académica de asistentes y el impulso de las autoridades de la magistratura constitucional, la **MEMORIA EN HOMENAJE** del **II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL** que, rescata los **ARTÍCULOS ACADÉMICOS** de los expositores, deja plasmada las diferentes **INICIATIVAS LITERARIAS** compartidas con el público para, en un último acápite, destacarse una **NOMINACIÓN** y referirse a las **CERTIFICACIONES** distribuidas en justo reconocimiento al desprendiendo interés por consolidar una cultura motivacional de aprendizaje del Derecho Constitucional y, en específico, la disciplina del Derecho Procesal Constitucional.

MSc. Paul Enrique Franco Zamora  
**PRESIDENTE**  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

PROGRAMA

| JUEVES, 8 DE OCTUBRE 2020 |   |   |   |
|---------------------------|---|---|---|
| TURNO DE LA MAÑANA        |   |   |   |
| 8:30                      | Msc. Paul Enrique Franco Zamora           | Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia   | Inauguración del Congreso (sujeto a programa especial). |
| HORA                      | EXPOSITORES                               | TEMA  |   |
| 9:10 A 9:35               | Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia) | "Modelo colombiano de justicia constitucional"  |   |
| 9:45 A 10:10              | Wendy Molina Andrade (Ecuador)            | "Evolución y trascendencia de la jurisprudencia constitucional"   |   |
| 10:20 A 10:45             | Alan Vargas Lima (Bolivia)                | "Evolución histórica del control de constitucionalidad en Bolivia. Su proyección y desarrollo actual como un modelo plural"               |   |
| 10:55 A 11:30             | Patricio Maraniello (Argentina)           | "La Lid Constitucional un camino entre el Juez Constitucional y el Juez Convencional"   |   |
| TURNO DE LA TARDE         |   |   |   |
| HORA                      | EXPOSITORES                               | TEMA  |   |
| 15:20 A 15:45             | Gerardo Eto Cruz (Perú)                   | "Control de constitucionalidad vs control de convencionalidad. Los retos contemporáneos"  |   |
| 15:55 A 16:20             | Jorge Asbún Rojas (Bolivia)               | "La Acción de Inconstitucionalidad en Bolivia"  |   |
| 16:30 A 16:55             | César Iván Astudillo Reyes (México)       | "Tensiones entre el control de constitucionalidad y de convencionalidad. Los TCs frente a la Corte IDH"                                   |   |
| 17:05 A 17:30             | María Sofía Sagiús (Argentina)            | "Desafíos actuales del sistema de control de constitucionalidad frente el control de las políticas públicas y los procesos estructurales" |   |

| VIERNES, 9 DE OCTUBRE |  |   |
|-----------------------|--|---|
| TURNO DE LA MAÑANA    |  |   |
| HORA                  | EXPOSITORES                                    | TEMA  |
| 8:50 A 9:15           | Pablo Darío Villalba Bernié (Paraguay)         | “La incidencia de la convencionalidad sobre los procesos constitucionales”  |
| 9:25 A 9:50           | MSc. Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)      | “Innovaciones Procesales: Control de legalidad en la jurisdicción constitucional, a través del Recurso Directo de Nulidad”  |
| 10:00 A 10:25         | Fernando Bruno Escobar Pacheco (Bolivia)       | “Desafíos del sistema procesal de protección de derechos fundamentales frente a la jurisdicción ordinaria en Bolivia”   |
| 10:35 A 11:00         | Juan Alberto Castañeda Méndez (Perú)           | “Control Constitucional y el Amparo Electoral”  |
| 11:10 A 11:25         | Presentación de libro                          | “Justicia Constitucional en Materia Laboral y Social”<br>Autor: MSc. Paul Enrique Franco Zamora   |
| TURNO DE LA TARDE     |  |   |
| HORA                  | EXPOSITORES                                    | TEMA  |
| 15:20 A 15:45         | Haideer Miranda Bonilla (Costa Rica)           | “El uso de derecho comparado por los Tribunales Constitucionales”   |
| 15:55 A 16:20         | Diego Eduardo López Medina (Colombia)          | “Escritura y argumentación judicial: reporte de los hallazgos de una investigación”   |
| 16:30 A 16:55         | Alfonso Santiago (Argentina)                   | “Principio de subsidiariedad y la adecuada articulación de las CIDH con los ordenamientos constitucionales nacionales”  |
| 17:05 A 17:30         | MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano (Bolivia) | “Presentación de avances de Tesis Doctoral en Derecho Constitucional: Interpretación de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia” |
| 17:40 A 18:05         | Eduardo G. Esteva Gallicchio (Uruguay)         | “El sistema de acciones constitucionales según el Derecho Constitucional Uruguayo”  |
| 18:15 A 18:30         | Presentación de libro                          | “Compendio Jurisprudencial Constitucional en el Sistema Penal Boliviano”<br>Autor: MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano   |

| SÁBADO, 10 DE OCTUBRE |   |  |   |
|-----------------------|---|--|---|
| TURNO DE LA MAÑANA    |   |  |   |
| 8:50 A 9:15           | Fernando Toller (Argentina)                     | “Una metodología de doce pasos para el análisis y la toma de decisiones sobre derechos fundamentales”                  |   |
| 9:25 A 9:50           | Luis Alberto Petit Guerra (Venezuela)           | “El (mal llamado) “recurso” de interpretación en la desviación de la justicia constitucional. El caso Venezuela”       |   |
| 10:00 A 10:25         | Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)                  | “El control difuso de convencionalidad u el lus Commune Interamericano”  |   |
| 10:35 A 11:00         | MSc. Julia Elizabeth Cornejo Gallardo (Bolivia) | “Acceso a la justicia constitucional: Avances en interpretaciones con enfoque diferencial, de género e interseccional” |   |
| 11:10 A 11:25         | Presentación de libro                           | “Justicia Dialógica en las Cortes Constitucionales”<br>Autor: Paúl Córdova Vinuesa                                     |   |
| TURNO DE LA TARDE     |   |  |   |
| HORA                  | EXPOSITORES                                     | TEMA   |   |
| 15:20 A 15:45         | Josep Joan Moreso Mateos (España)               | “Conflictos de derechos y maneras de resolverlos”  |   |
| 15:55 A 16:20         | Rene Moreno Alfonso (Colombia)                  | “El Precedente como pedagogía constitucional”  |   |
| 16:30 A 16:55         | Francisco Javier Díaz Revorio (España)          | “El valor de la jurisprudencia constitucional”   |   |
| 17:05 A 17:30         | Néstor Pedro Sagiés (Argentina)                 | “2020. El centenario de los primeros tribunales constitucionales”  |   |
| CLAUSURA DEL EVENTO   |   |  |   |
| 17:40 A 18:10         | MSc. Paul Enrique Franco Zamora                 | Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia  | Clausura del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional |



## **PRIMER EJE**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**



## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA



***Eduardo Andrés Velandia Canosa***

*Tras una brillante exposición que contribuye al entendimiento del Derecho Procesal Constitucional, el profesor Velandia Canosa elevó una felicitación expresa al Tribunal Constitucional Plurinacional, al caracterizarse -académicamente- como el ente colegiado constitucional más importante de la actualidad entre sus pares, sus frecuentes actividades (a nivel nacional e internacional) así lo demuestran. Gracias a la gestión del Presidente, MSc. Paul Enrique Franco Zamora, Velandia saludó el compromiso constitucional de la institución, así como de la labor de sus Magistrados, en la serie de eventos organizados durante la pandemia.*

*En su despedida, destacó la gran afluencia de participantes y audiencia alcanzada, "...están marcando una pauta y Bolivia tiene elementos que tenemos que estudiar, Derecho Constitucional Andino, elección popular de los jueces constitucionales, (...) finalmente haberse atrevido a consagrar una verdadera justicia constitucional especializada...", enfatizó.*



## 1. INTRODUCCIÓN

En el paradigma del Estado Constitucional de Derecho la jurisdicción constitucional (colombiana) tiene una misión multidimensional: (i) defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, (ii) tutelar jurisdiccionalmente los derechos humanos consagrados en la Constitución; y, (iii) proteger los derechos humanos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), reparando integralmente a las víctimas por la responsabilidad internacional del Estado y ejercer el control de convencionalidad.

El Estado Constitucional de Derecho impone la fuerza normativa de la Constitución, es decir, su imperativo cumplimiento, lo cual exige teorizar sobre un modelo de justicia constitucional que permita cumplir con la visión del nuevo paradigma, alejado del temor por la congestión de la jurisdicción constitucional, pero brindando un método que permita un verdadero control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, una verdadera tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales, dotando al juez ordinario de una competencia incidental para decidir sobre la inaplicación de la ley y la protección de los derechos fundamentales en los procesos a él asignados, logrando así la realización del proyecto constitucional adoptado por el constituyente. En efecto, esto podrá lograrse en un modelo integral de justicia constitucional multinivel o multidimensional, donde la naturaleza objetiva y subjetiva de la justicia constitucional sea una realidad.

Por lo expuesto, es necesario analizar la tipología de los sistemas y modelos de justicia constitucional, con especial interés en los de carácter jurisdiccional. En efecto, para comprender el sistema colombiano, es necesario describir sintéticamente los sistemas y modelos jurisdiccionales de justicia constitucional. Pueden mencionarse modelos originarios: (i) el difuso; (ii) el dual y paralelo<sup>1</sup>; y, (iii) el concentrado y derivados: (i) el mixto; (ii) el híbrido; y; (iii)

<sup>1</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pág. 129.

el integral<sup>2</sup>. En la introducción excluiríamos el dual y paralelo, el híbrido y el integral, por corresponder al modelo colombiano objeto de la presente investigación (histórico, actual y en perspectiva).

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. El modelo difuso

Este modelo surge en el ámbito angloamericano y se caracteriza por no estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al caso sometido a su competencia, defender el principio de supremacía constitucional de oficio o a petición de parte, cuya decisión produce efectos inter partes. En este modelo son paradigmáticos los casos *Thomas Bonham*, proferido por el juez Edwar Coke en Inglaterra (1610)<sup>3</sup> y *Marbury vs Madison*, decidido por el juez John Marshall en Estados Unidos (1803)<sup>4</sup>.

### 2.2. El modelo concentrado

El modelo concentrado de justicia constitucional es clásico u originario de origen austriaco e ideado por el ilustre jurista

<sup>2</sup> Sobre los sistemas y modelos de justicia constitucional, pueden consultarse a: Mezzetti, Luca, “Sistemas y Modelos de justicia constitucional en los albores del Siglo XXI”, en García Belaunde, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, Lima, Adrus e IIDC Sección Peruana, 2011, p. 127-159; Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado*, Bogotá, Universidad Libre, 2011, p. 287-305; Capelletti, Mauro, ¿Jueces legisladores?, Lima, Communitas, 2010 y/o Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2011.

<sup>3</sup> Cfr. Rey Martínez, Fernando, “El Dr. Bonham’s Case” y su aporte a la creación de la Judicial Review”, en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, 2111, p. 1- 21. Edward Coke es considerado como el precursor de este modelo, al decidir el caso *Thomas Bonham (Bonham’s case)* en 1610. Cfr. Rivera Santiváñez, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2007, pág. 34.

<sup>4</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, “Marbury versus madison: el “descubrimiento” del control de constitucionalidad de las leyes, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Ed. Acad.), *Anuario de derecho procesal constitucional*: 2010, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010, p. 3-18.



Hans Kelsen, quien pareciera realizar desde su perspectiva un perfeccionamiento a los modelos precedentes<sup>5</sup>. Los principales argumentos de su tesis podemos sintetizarlos así: (i) el control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier juez y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación del Tribunal Constitucional como juez especializado del control de la constitucionalidad de la ley, tesis que finalmente ha sido acogida por la mayoría de países del mundo. Pero adicionalmente este juez únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley.

El primer argumento es una objeción al modelo difuso, así como a uno de sus modelos del sistema dual y paralelo o colombiano de 1910; el segundo argumento también corresponde a una objeción al modelo dual y paralelo, que otorgó a la Corte Suprema de Justicia de Colombia competencia constitucional para conocer de una acción abstracta de inexecutable, además de la competencia para conocer del recurso extraordinario de casación en materia civil y penal, también en 1910 (así no se diga expresamente). En el modelo concentrado la legitimación es restringida y no popular como en el sistema colombiano (dual y paralelo) y las decisiones producen efectos *erga omnes* o generales sobre las leyes federales y estatales.

### 2.3. El modelo mixto

A partir de los citados modelos han surgido los mixtos y los híbridos. Los primeros inician en un modelo (el difuso) y terminan en otro (el concentrado), tal como ocurre con el control incidental de origen italiano. En este modelo el control se inicia por cualquier juez, pero finaliza con la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional<sup>6</sup>. Nótese que en esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado, a diferencia del modelo dual y paralelo, donde coexisten los dos modelos sin mezclarse, con la advertencia,

5 Cfr. Kelsen Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

6 Cfr. Romboli, Roberto, "El derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional", en García Belaunde, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, op. cit. p. 58 y 59.

que el modelo dual y paralelo fue anterior al concentrado, ya que aquella data de 1910 y este de 1920. En el modelo italiano surgieron las sentencias interpretativas, como un claro avance de la justicia constitucional.

### 2.4. El sistema colombiano de justicia constitucional

En Colombia pueden identificarse seis etapas: (i) la de ausencia de justicia constitucional, previa a 1811; (ii) la de control político de constitucionalidad, entre 1811 y 1886<sup>7</sup>; (iii) la de control presidencial de constitucionalidad, a través de las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de ley, entre 1886 y 1910 (art. 90 de la Constitución de 1886); (iv) la de control jurisdiccional, creando el modelo dual y paralelo de justicia constitucional, con la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a la Cabeza del modelo por vía de acción y todos los jueces en el modelo por vía de excepción, que va desde 1910 hasta 1968; (v) en esta etapa se reafirma el modelo dual y paralelo, pero aparece en la Corte Suprema de Justicia una Sala Constitucional, que va desde 1968 hasta 1991; y, (vi) la etapa actual, que ha consagrado un modelo híbrido, con una Corte Constitucional a la Cabeza, va desde 1991 hasta nuestros días. Dado el objeto de investigación, nuestro análisis se centrará desde la implementación del modelo dual y paralelo.

### 2.5. El modelo dual y paralelo

Este modelo se consolidó en Colombia con el Acto Legislativo No. 3 expedido el 31 de octubre de 1910 (enmienda constitucional a la Constitución de 1886). En este modelo se concretaron paralelamente los siguientes sistemas de control de constitucionalidad: (i) uno que otorgó competencia al juez ordinario, para inaplicar la ley

7 El artículo 9 de la Constitución de Cundinamarca del 4 de abril de 1811, en la cual se atribuyó el control de constitucionalidad a un Senado de Censura. "El objeto principal de este Senado, era el de velar por el cumplimiento de la Constitución e impedir que se atropellasen los derechos del pueblo y de los ciudadanos; mejor dicho, era una especie de Corte Constitucional actual": Olano García, Hernán Alejandro, *La Constitución monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006, p. 81.



contraria a la Constitución en procesos no especializados de control de constitucionalidad; y, (ii) otro le atribuyó competencia a la Corte Suprema de Justicia como juez especializado para dirimir el conflicto suscitado entre el legislativo y el ejecutivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; y, para conocer de la acción pública (popular) de inexequibilidad de la ley y los decretos expedidos por el ejecutivo, dando inicio al proceso especial de control de constitucionalidad<sup>8</sup>.

En efecto, por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que en Estados Unidos de Norteamérica se conoció como modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad, al establecerse en el artículo 40 del citado acto legislativo que *"en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales"*<sup>9</sup>. Este es un claro instrumento que permitió la inaplicación de la ley y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por el juez ordinario.

Paralelamente se otorgó competencia a un juez especializado, anticipándose diez años al modelo propuesto por Kelsen, conocido como el modelo concentrado, ya que contempló en el artículo 41 del citado acto legislativo lo siguiente:

*"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:*

8 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, "Desafíos del derecho procesal constitucional", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2010, p. 35.

9 Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, Tomo IV, estudio preliminar y anexo, Restrepo Piedrahita, Carlos, 4ª ed., Bogotá, Banco Popular, 1986, p. 326.

*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación"*<sup>10</sup>.

Lo expuesto significa que Colombia creó un modelo originario de control de la constitucionalidad dual y paralelo, toda vez que coexistieron, uno ante la Corte Suprema de Justicia (propio del sistema que 10 años después diseñara Kelsen) y otro difuso pero de origen constitucional (que en Norteamérica se consolidó en el caso *Marbury vs. Madison*). Sin lugar a dudas, esta ha sido uno de las más importantes contribuciones de Colombia al desarrollo científico del derecho<sup>11, 12</sup>.

## 2.6. El modelo híbrido colombiano

Los modelos híbridos, son los que toman elementos de los tres sistemas originarios, pero sin ser coherentes con ninguno de ellos. En efecto, en estos modelos en la competencia objetiva se atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte Constitucional, deformando así el modelo de origen concentrado. Es el caso de Colombia, donde a pesar de haberse implementado

10 Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín. *Constituciones de Colombia*. Op. cit., p. 326.

11 Decimos una de las más importantes, porque no hay que desconocer que la primera Constitución hispanoamericana se expidió el 15 de agosto de 1910 en la entonces Provincia del Socorro, Colombia. Cfr. Rodríguez Plata, Horacio, *La antigua Provincia de El Socorro y la independencia*, Vol. XCVIII, Bogotá, Biblioteca de Historia Nacional, 1963. Igualmente debe resaltarse que el derecho constitucional académico en Argentina fue creado por el ilustre jurista colombiano Florentino González, quien además publicó el primer libro sobre derecho constitucional de tal país: González, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1869.

12 Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las constituciones de Colombia*, t. I, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 217; Valencia Villa, Hernando, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 64, 65; González Jácome, Jorge, *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 82.



desde 1991 una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad y a todos los jueces y funcionarios administrativos o de órganos de control extra-poderes para inaplicar la ley en procesos concretos.

La competencia subjetiva otorga competencia a todos los jueces para conocer de las garantías constitucionales, pero estableciendo una semiconcentración en algunas de ellas e impidiendo el conocimiento de algunas de ellas por la Corte Constitucional.

Esto no significa que el modelo colombiano implementado a partir de 1991 sea obsoleto o deficiente, toda vez que tiene aspectos importantísimos que deben ratificarse, pero existen otros que deben afinarse, implementarse y derogarse.

En Colombia se sigue manteniendo su origen en un modelo dual y paralelo de justicia constitucional, ya que todos los jueces tienen competencia para inaplicar la ley en una especie de control difuso<sup>13</sup> y paralelamente se han creado procesos especiales de control de constitucionalidad: (i) la Corte Constitucional puede declarar la inexequibilidad de la ley, de los decretos con fuerza de ley, de los proyectos de ley estatutaria y de las reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación<sup>14</sup>; (ii) al Consejo de Estado para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es decir, de los decretos reglamentarios de la ley, en general otorgó una competencia residual<sup>15</sup>; (iii) a los Tribunales y jueces administrativos para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general del orden departamental y municipal<sup>16</sup>; (iv) a todos los jueces y al Consejo Superior de la

13 Cfr. Art. 4º de la Constitución Política.

14 Cfr. Art. 241 de la Constitución Política y Decreto 2067 de 1991.

15 Cfr. Art. 237 de la Constitución Política y Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

16 Cfr. Inciso 2º y parágrafo del Art. 135 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Judicatura para conocer de acciones de tutela protectoras de los derechos fundamentales<sup>17</sup>; (v) a todos los jueces para conocer de las acciones de *habeas corpus*<sup>18</sup>; a los jueces civiles y administrativos para tramitar las acciones populares y de grupo<sup>19</sup> y a los jueces administrativos asignó la acción de cumplimiento<sup>20</sup> (en general es un modelo confuso y no difuso<sup>21</sup>).

### 2.6.1. Modelo de inaplicación de la ley: excepción de inconstitucionalidad

Mediante esta institución se le otorga competencia a todos los jueces para inaplicar la ley contraria a la Constitución, así como a todos los funcionarios que deban tramitar procesos o procedimientos que resuelvan situaciones concretas, ratificando el conocido modelo difuso de control de constitucionalidad, ampliando incluso su competencia a funcionarios diferentes de los jurisdiccionales<sup>22</sup>. Este control de constitucionalidad se desarrolla a la luz del inciso primero del artículo 4º de nuestra actual Constitución, al decir que “[I]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Este control consiste en la inaplicabilidad de una norma jurídica en un caso particular, singular o concreto, en el cual se discuta un

17 Cfr. Art. 86 de la Constitución Política y Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1282 de 2000.

18 Cfr. Art. 30 de la Constitución Política y ley 1095 de 2006.

19 Cfr. Art. 87 de la Constitución Política y ley 393 de 1997. Aunque debe advertirse que esta acción no es propiamente constitucional, mientras no sirva para controlar la inconstitucionalidad por omisión. Debe recordarse, que solamente sirve para cumplir la ley y el acto administrativo.

20 Cfr. Art. 88 de la Constitución Política y ley 472 de 1998.

21 Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 161.

22 Sobre este tema puede consultarse: Blanco Zúñiga, Gilberto A., *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 184-190; Charry Ureña, Juan Manuel, *la excepción de inconstitucionalidad*, Bogotá, 1994.



derecho, cuando tal norma contradiga un precepto constitucional, produciendo efectos en el caso debatido o *inter partes*. Por regla general el juez o el funcionario debe aplicar la ley, pero si en ese caso en particular va en contra de la Constitución, por *excepción* debe aplicar directamente la norma superior e inaplicar la ley; por ello podemos encontrar casos donde se inaplique la ley a pesar de haber sido declarada constitucional por la Corte Constitucional, pero que se convierte en inconstitucional para el caso concreto.

Por lo anterior, debemos resaltar que la excepción de inconstitucionalidad está reservada únicamente a los funcionarios encargados de aplicar la ley mediante un debido proceso (art. 29 de la Constitución), bien sea judicial o administrativo, entendiendo por aplicación la operación que se realiza para llevar al caso concreto una norma de carácter abstracto, la cual es objeto de decisión o pronunciamiento.

De lo dicho podemos concluir que los competentes para aplicar la excepción de inconstitucionalidad no son únicamente los jueces, ni tampoco todas las autoridades, sino únicamente aquellas autoridades que deban aplicar una norma general a un caso concreto, tales como los jueces, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación, superintendencias, DIAN o entidades que en momentos determinados deban aplicar sanciones disciplinarias.

Sin embargo, creemos que esta institución, carece de un método procesal o procedimiento para su aplicación, por lo que muchas veces no es utilizada, simplemente por no saberse cómo puede aplicarse o en otras ocasiones puede ser incluso la causa de la violación de los derechos fundamentales de las partes procesales por ser sorpresiva. En cuanto a la decisión judicial de este modelo, no cabe duda que debe ser a través de autos y no de sentencias, habida cuenta que se trata de una decisión incidental, con carácter prejudicial a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario.

## 2.6.2. Procesos de control de constitucionalidad de competencia objetiva

Cuando hablamos de competencia objetiva, nos referimos a los procesos de control normativo de constitucionalidad, cuya finalidad es depurar el ordenamiento jurídico permitiendo así la expulsión de las disposiciones inconstitucionales<sup>23</sup>.

### 2.6.2.1. Control automático de constitucionalidad

Este control puede ser previo o posterior al acto, de conformidad con lo previsto por la Constitución y se le atribuyó su conocimiento exclusivamente a la Corte Constitucional, pero no tiene las características de una acción, habida cuenta de que no es necesaria una demanda para tramitar el proceso. Adicionalmente es importante resaltar que no se trata de un proceso de partes, es un claro proceso de jurisdicción voluntaria en materia constitucional. Por esta vía se tramitará:

*Control previo de constitucionalidad:*

- a. Los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el presidente de la República, cuando el Congreso insiste en mantener el proyecto regulado en los artículos 167, inciso 3º. y 241, numeral 8º. de la C. N., así como por los artículos 23 a 35 del decreto 2067 de 1991<sup>24</sup>.
- b. Las leyes estatutarias. Se consagra en los artículos 153 y 241 numeral 8º, de la Constitución y por los artículos 39 y 40 del decreto 2067 de 1991<sup>25</sup>.
- c. Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Este proceso se prevé en el artículo 241, numeral 10º de la

<sup>23</sup> Sobre los procesos constitucionales en Colombia, puede consultarse a Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en *Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico*, Barranquilla, Uninorte, 2004.

<sup>24</sup> Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, op. cit., pp. 200-203.

<sup>25</sup> Cfr. Tobo Rodríguez, Javier, *ibidem*, pp. 209-215.



Constitución. En estos procesos, indica el artículo 44 del decreto 2067 de 1991, que debe aplicarse lo ordenado para el control de los proyectos de ley estatutaria<sup>26</sup>.

*Control previo a la ejecución de ciertos actos:*

- d. Las leyes de convocatoria a un referendo reformativo de la Constitución. Se Contempla en el inciso 1º del artículo 378, en el numeral 2º del 241 de la Constitución y por el artículo 42 del decreto 2067 de 1991<sup>27</sup>.
- e. Acto de convocatoria a referendo de un acto legislativo. Consagrado en el artículo 377 de la norma superior.
- f. Leyes de convocatoria a una asamblea constituyente. Lo establece el inciso 1º del artículo 376 y numeral 2º del artículo 241 constitucional, así como el artículo 42 del decreto 2067 de 1991<sup>28</sup>.

*Control posterior de constitucionalidad:* están sujetos a este control los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las facultades extraordinarias para decretar:

- g. Estado de guerra exterior (art. 212 de la Constitución),
- h. Estado de conmoción interior (art. 213 de la Constitución) y
- i. Estado de emergencia económica, social o ecológica (art. 215 de la Constitución)<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 216-218.

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 o de convocatoria a un referendo constitucional.

<sup>28</sup> Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Referendo, asamblea constituyente y Congreso*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2003.

<sup>29</sup> Cfr. Ortégón Ortégón, Luis Gilberto, *Los estados de excepción y el control jurisdiccional en Colombia*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho y ACDPC, 2011 y Sentencia proferida por la Corte Constitucional colombiana, C-070 de 2009, Ms.Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

### 2.6.3. Control de constitucionalidad por vía de acción

A esta acción la doctrina la ha denominado *pública*, aunque su denominación debió ser "*acción popular*", ya que ella puede ejercerse por cualquier ciudadano en aras de mantener incólume el principio de supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho en nombre e interés de todos (numerales 1, 4 y 5 del artículo 241 y numeral 1º del 242 de la Carta fundamental)<sup>30</sup>. Esta acción puede incoarse ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado y, en general, ante los despachos que conforman la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, así:

*Competencia de la Corte Constitucional para conocer de las demandas contra:*

- j. Los actos reformativos de la Constitución. Establece el numeral 1º del artículo 241 superior que contra estos actos sólo por vicios de procedimiento en su formación.
- k. Leyes. Indica el numeral 4º del citado artículo que por vicios de procedimiento en su formación y por su contenido material.
- l. Decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en desarrollo del numeral 10º del artículo 150 constitucional, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación de conformidad con el numeral 5º de dicho artículo.
- m. Decretos-leyes expedidos por el gobierno para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas, de conformidad con el artículo 241, numeral 5º, en concordancia con el inciso 3º del artículo 341 de la Ley fundamental.

*Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:*

- n. Prevé el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, que corresponde al Consejo de Estado

<sup>30</sup> Cfr. Rodríguez Navas, Jaime Enrique, *Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006, pp. 55-113.



conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuya competencia no esté atribuida expresamente a la Corte Constitucional (competencia residual)<sup>31</sup>.

- o. Los tribunales administrativos del orden local, conocen de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, tales como las ordenanzas departamentales y los decretos proferidos por los gobernadores (art. 135 del código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo).
- p. Los jueces administrativos conocerán de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra los acuerdos proferidos por los consejos municipales y los decretos proferidos por los alcaldes (art. 135 del código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo).

#### 2.6.4. Procesos de control de constitucionalidad de competencia subjetiva

Cuando hablamos de competencia subjetiva, nos referimos a los procesos cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales de la persona, es decir, se mira al sujeto, más no al objeto y son:

##### q. Acción de hábeas corpus:

La denominada *jurisdicción constitucional de la libertad* o de las libertades, se dividió entre la acción de tutela y la acción de *hábeas corpus*, puesto que se consagraron individualmente. Esta acción quedó establecida únicamente para proteger el derecho fundamental de la libertad<sup>32</sup>.

31 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley y ACDPC, 2009, pp. 219-261.

32 Artículo 30 de la Constitución: "Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de 36 horas".

##### r. Acción de tutela:

Se consagró una acción encaminada a proteger, amparar o asegurar los derechos fundamentales de las personas naturales, jurídicas, patrimonios autónomos e incluso los nacituros, que se vulneraran o amenazaran por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso un particular que ejerza superioridad o control<sup>33</sup>.

##### s. La acción de cumplimiento:

Se ha incluido esta acción en el nuevo constitucionalismo colombiano, como uno de los mecanismos de protección y aplicación de los derechos y del orden jurídico, específicamente en lo que tiene que ver con la efectiva aplicación de la ley y de los actos administrativos<sup>34</sup>. Se cree que sin importar a qué jueces se les asignó su competencia (jueces que componen la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en una defectuosa reglamentación), la acción forma parte de la jurisdicción constitucional, teniendo en cuenta su consagración directa en la norma superior. Sobre

33 Artículo 86 de la Constitución: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

34 Artículo 87 de la Constitución: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido". Reglamentado por la Ley 393 de 1997.



el particular ha dicho la doctrina que esta acción "tiene el mismo rango constitucional y participa de muchos de los caracteres de la acción de tutela, amén de que constituye otro mecanismo de protección de los derechos constitucionales y particularmente de los derivados de la efectividad del orden jurídico, pues su objeto, de conformidad con una lectura exegética del texto constitucional, indicaría, *prima facie*, que se trata de una garantía constitucional tendiente a hacer efectivos los derechos derivados de las normas con fuerza material de ley y el cumplimiento de los actos administrativos, lo cual de entrada permite otear el amplio panorama de aplicación y utilización"<sup>35</sup>. No obstante, se considera que esta acción puede también controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, a pesar de que la Corte Constitucional auto-negó su competencia.

t. *La acción popular y de grupo:*

Esta acción no es novedosa en nuestro ordenamiento, por cuanto se había consagrado en los artículos 91, 992, 994, 1005, 2355 y 2359 del Código Civil, así como en el 36 del Decreto-Ley 3466 de 1982 o antiguo Estatuto del Consumidor, en el 8º de la Ley 9ª. de 1989 o Ley de Reforma Urbana y en el Decreto 2303 de 1989. Empero, se elevó en 1991 a rango constitucional tal como se evidencia de la lectura del artículo 88 de la Constitución, el cual fue reglamentado mediante la ley 472 de 1998<sup>36</sup>. A pesar de ser civil el origen de esta acción, por la transformación de nuestro nuevo ordenamiento jurídico a partir del 4 de julio de 1991 en un Estado Constitucional, deben incluirse dentro del derecho procesal constitucional, por su naturaleza y por haberlo querido así el constituyente, al darle el calificativo de acciones protectoras directas de los

derechos constitucionales, junto a la acción de cumplimiento y a la de tutela<sup>37</sup>

## 2.7. El modelo integral: la Justicia Constitucional multidimensional

Pensar en perspectiva la justicia constitucional para Colombia, implica partir del modelo originario que creamos, es decir, el dual y paralelo. Esto significa que debe implementarse: (i) la creación de una jurisdicción constitucional especializada por niveles, ante la cual se tramiten los procesos de control de constitucionalidad; (ii) la implementación de un control incidental de constitucionalidad, que se pueda tramitar ante todos los jueces o funcionarios que tramiten procesos judiciales o administrativos, para inaplicar la ley inconstitucional, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional; y, (iii) ratificar el modelo supranacional de justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### 2.7.1. Jurisdicción constitucional especializada

La justicia constitucional responde a los principios de subsidiaridad, residualidad y complementariedad, es decir, si existen otros medios de defensa judicial, serán tales instrumentos los que previamente deberán utilizarse, a menos que se utilice como mecanismo transitorio.

#### 1. Si existen los procesos constitucionales (acciones)<sup>38</sup>, estos

<sup>37</sup> Cfr. López Cárdenas, Carlos Mauricio, *La acción de grupo. Reparaciones por violación a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

<sup>38</sup> Cfr. Pérez Tremps, Pablo, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006; Blume Fortini, Ernesto, *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*, Lima, ADRUS e IIDC Sección Peruana, 2009; Rey Cantor, Ernesto, *El derecho procesal constitucional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010, p. 62-120; Ruggeri, Antonio, "En busca de la identidad del "derecho procesal constitucional"", en García Belaunde, Domingo (Coord.), *En torno al derecho procesal constitucional*, Lima, ADRUS e IIDC Sección Peruana, 2011, p. 19-25; Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en *Competencias de consultorios jurídicos en los programas de derecho. Manual práctico*, Op. Cit., entre otros.

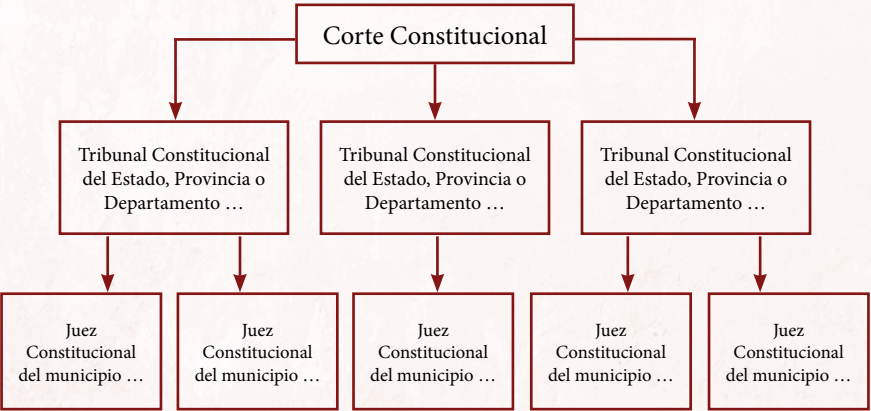
<sup>35</sup> Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, "La acción de cumplimiento en Colombia", en Manili, Pablo Luis (Direc.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 277-313.

<sup>36</sup> Cfr. Correa Henao, Néstor Raúl, *Derecho procesal de la acción popular*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana, 2009.



deben tramitarse ante una jurisdicción constitucional (especializada, como ocurre con otras ramas del derecho), con el objeto la defensa de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos humanos, es decir, con una competencia objetiva y una subjetiva.

- 2. De conformidad con lo expuesto, deben identificarse los procesos constitucionales, luego la estructuración de una jurisdicción constitucional multinivel, la distribución del poder de decisión constitucional entre las diferentes autoridades de la jurisdicción constitucional y por supuesto el acceso a tal jurisdicción.



2.7.1.1. Competencia objetiva

Esta competencia tiene por objeto defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, con efectos de la sentencia son *erga omnes*. En efecto, siguiendo la tradición colombo venezolana, escuela a la cual nos adscribimos, consideramos acertado el modelo de legitimación popular de acceso a la justicia constitucional, en virtud del cual, cualquier ciudadano puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra cualquier disposición del ordenamiento jurídico de carácter

general, impersonal y abstracto. Compartimos este esquema, como quiera que la misión de la jurisdicción constitucional es la de ser el guardián de la Constitución, sin importar la manera en que ella se pone en funcionamiento o actividad y porque si el pueblo puede ser constituyente primario, es decir, puede crear la Constitución, también debe tener el poder de plantear la fiscalización de su cumplimiento.

En este orden de ideas, si un ciudadano pretende iniciar el proceso de control de constitucionalidad de una norma del orden nacional, tal como sucede con: (i) la ley; (ii) el decreto-ley: lo profiere el Poder Ejecutivo, por delegación del legislador, con la misma fuerza vinculante de la ley; (iii) los decretos reglamentarios de la ley, expedidos por el gobierno nacional; (iv) la omisión absoluta del legislador frente a mandatos expresos del constituyente, para lo cual deberá aplicarse la acción de cumplimiento constitucional; (v) para controlar las omisiones legislativas relativas inconstitucionales, podrá iniciarse la acción de cumplimiento constitucional o a través de la acción de inconstitucionalidad; y, (vi) la acción de cumplimiento por la omisión constitucional en el diseño y aplicación de políticas públicas, instrumento que servirá para la efectividad en abstracto de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como derechos humanos de segunda generación) deberá presentar la demanda ante la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional de la Corte Constitucional.

Ahora, si este conflicto sobre la vulneración del principio de supremacía constitucional se presenta a nivel departamental, estatal, provincial o regional, la competencia para conocer de estos procesos no debe ser la Corte Constitucional, sino tribunales con competencia territorial estatal, departamental, provincial o regional, debido a que la norma que vulnera el principio de supremacía constitucional no es nacional sino como ya se dijo, local. En la experiencia colombiana puede expedirse: (i) ordenanzas departamentales por la Asamblea Departamental; (ii) decretos generales por el Gobernador departamental; (iii) decretos o reglamentos de carácter general por entidades descentralizadas; y, (iv) la omisión por el representante



de la entidad territorial local en el diseño e implementación de políticas públicas departamentales, para lo cual podrá utilizarse la acción de cumplimiento constitucional, cuyo funcionamiento es objeto de otro estudio. Nótese que este nuevo nivel propuesto de justicia constitucional, acerca la efectividad real de la Constitución, sin congestionar a la Corte Constitucional.

Este mismo conflicto frente a la defensa de la Constitución puede trasladarse a nivel municipal, lo cual se presenta cuando: (i) un consejo municipal expide un acuerdo municipal; (ii) el alcalde municipal o alguna entidad descentralizada profiere decretos generales; y, (iii) cuando el ejecutivo a nivel municipal omite el diseño e implementación de políticas públicas.

Así mismo deben adelantarse otros procesos de manera automática en los diferentes niveles. Esto se presenta cuando el constituyente de antemano dispone la activación de la justicia constitucional en casos especiales, de la misma manera explicada en el capítulo anterior.

Igualmente, esta jurisdicción especializada deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia objetiva.

#### 2.7.1.2. Competencia subjetiva

Esta competencia tiene por objeto proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados en casos concretos. Lo expuesto significa que deben crearse algunos procesos (no en exceso) que permitan la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los sociales vulnerados en abstracto por no diseñarse o no implementarse alguna política pública, por corresponder a la competencia objetiva, toda vez que corresponde a la concreción normativa del proyecto constitucional. Empero, si la ausencia de una política pública se concreta en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, ahí sí deberá utilizarse un proceso que proteja un derecho individual.

En este orden de ideas, consideramos que deben mantenerse los siguientes instrumentos, procesos o garantías constitucionales: (i) la acción de tutela, utilizada para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados en casos individuales y concretos. Consideramos que esta debe ser la única acción procesal constitucional, para proteger los derechos fundamentales, para no convertir la vía procesal en un “laberinto procesal”, toda vez que su esquema procesal permite proteger el derecho a la libertad, tradicionalmente defendido mediante el *habeas corpus*, o el derecho al buen nombre, información o libertad de expresión, garantizado con la acción de *habeas data*; (ii) la acción popular o amparo colectivo, utilizable para defender el derecho fundamental al medio ambiente, los derechos difusos y en general los denominados derechos humanos de tercera generación; y, (iii) la acción de grupo o acción de clase, necesaria para reparar los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos potencialmente superiores a 20 personas.

Así, por ejemplo, si se vulnera un derecho fundamental por una autoridad nacional, deberá interponerse la acción de tutela ante la Sala que defiende los derechos fundamentales en la Corte Constitucional (si la parte pasiva es del orden nacional, el juez debe tener competencia en el orden nacional), con la posibilidad de interponerse un recurso extraordinario ante la Sala Plena de la misma Corte, bajo el esquema de causales taxativas. Si el derecho lo ha vulnerado una autoridad regional, estatal, provincial o departamental, será competente para tramitar esta acción de tutela el tribunal constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado o amenazado el derecho. Si el accionado es una autoridad del orden municipal, el competente será el juez constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado el hecho. Consideramos que también podrá utilizarse esta garantía para defender los derechos fundamentales vulnerados a particulares, evento en el cual el competente será el juez constitucional, con apelación ante el tribunal constitucional y con la posibilidad de un recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.



En tratándose de derechos colectivos, el amparo colectivo (denominado en Colombia acción popular) deberá interponerse de la siguiente manera: (i) si el accionado es una autoridad del nivel nacional, será competente la Sala que defiende los derechos colectivos de la Corte Constitucional; (ii) si el demandado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde se vulnera o amenaza el derecho; (iii) si la violación o amenaza del derecho es una autoridad municipal, será competencia del juez municipal del lugar; y, (iv) si el accionado es un particular, será competencia del juez. En todos los casos con posibilidad de apelación y recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

Finalmente tenemos la acción de grupo o de reparación integral de los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos superiores en potencia a veinte personas. En estos casos la acción se interpondrá así: (i) si el responsable es autoridad nacional, la competencia será de la Corte Constitucional; (ii) si el accionado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; (iii) si por el contrario se demanda a una autoridad municipal, el competente será el juez constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; y, (iv) cuando se trate de acciones en contra de un particular será competencia del juez del lugar de los hechos. Igualmente, con la posibilidad de recurso ordinario de apelación y extraordinario de revisión, que serán materia de otro estudio.

También deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia subjetiva.

Finalmente deberá contemplarse también un nivel o dimensión supranacional de la justicia constitucional, cuya competencia se otorgue directamente en la Constitución y tenga por objeto proteger los derechos humanos contemplados en la CADH, cuando ello no se realice, no sea posible o su decisión se dilate injustificadamente o si su vulneración es irreversible, se obtenga una reparación integral.

En el continente americano esta dimensión de la justicia constitucional le corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>39</sup>.

## 2.8. Control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad

La doctrina del derecho procesal es unánime en considerar, que un incidente se tramita cuando debe resolverse algún asunto accesorio o diferente al planteado en la pretensión<sup>40</sup>. La controversia de competencia objetiva o subjetiva de constitucionalidad dentro de un proceso ordinario, a pesar de ser muy importante, no deja de ser accesoria a la pretensión del proceso, razón por la que deberá resolverse en una vía incidental prejudicial a la sentencia. Esto significa, que deberá adelantarse antes de la sentencia definitiva, so pena de precluir la oportunidad, a menos que la vulneración constitucional se produzca en la sentencia o se declare la nulidad de la misma por el juez superior, quien deberá ordenar el trámite incidental, para que cumplido lo anterior se profiera la sentencia de mérito.

Este incidente se caracteriza por ser competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria y/o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (en adelante jueces ordinarios), los funcionarios del poder ejecutivo e incluso particular responsable de tramitar un proceso jurisdiccional o administrativo.

39 Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Beltrán Grande, Diana Johanna, "La justicia constitucional y su modelo transnacional", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc. Cient.), *Derecho procesal constitucional*, t III, Vol. I, Bogotá, VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, P. 101-137.

40 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002, p. 33; Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 50-59.). El profesor mexicano citado indica que "...siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como "vía de excepción", pero que los procesalistas italianos han denominado con mejor técnica como "cuestión prejudicial" (incorpora la misma cita de Cappelletti) si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea".



Jurisdiccionalmente, este incidente tiene por objeto tramitar una cuestión de constitucionalidad dentro de los procesos tramitados ante la jurisdicción ordinaria y/o de lo contencioso administrativo (en adelante proceso ordinario) e incluso de la constitucional. Dicho de otra manera, este incidente tiene por objeto efectuar una suerte de control concreto de constitucionalidad, por el juez ordinario, cuando surja una controversia constitucional de carácter objetivo o subjetivo.

Resulta imprescindible tramitar este incidente de control de constitucionalidad, ya que determinar si una ley es inaplicable en el caso concreto, así como la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en el proceso ordinario, debe ser prejudicial o anterior a la sentencia que le pone fin a tal proceso, es decir, se trata de una decisión “*incidenter tantum*”<sup>41</sup>.

Sin embargo, en Colombia no se ha establecido un procedimiento o método claro de aplicación judicial, lo cual ha llevado a un escaso número de decisiones de excepción de inconstitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales directamente en el proceso, toda vez que las partes no saben cómo proponerlo y el juez no sabe cómo iniciarlo, tramitarlo ni resolverlo. Esta ausencia de procedimiento ha impedido que se desarrolle un verdadero incidente de control de constitucionalidad como debería ser y ha generado una suerte de inseguridad para las partes, como quiera que la excepción de inconstitucionalidad (inaplicación de la ley inconstitucional) se decreta en la sentencia.

41 Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 489. El citado autor indica que “[s]e entiende por decisiones *incidenter tantum* las que deben ser adoptadas en el curso del proceso y antes de la sentencia que le pone fin a la instancia (entre nosotros mediante autos interlocutorios y en Italia por las llamadas sentencias interlocutorias) sobre cuestiones que las partes proponen y cuya decisión previa es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia para que sea posible. Es lo que Chiovenda y Menestrina llaman “cuestiones prejudiciales”, que se resuelven por incidente u otros trámites previos sin efectos de cosa juzgada”.

Tratándose de protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso también se ha desaprovechado este valioso instrumento procesal, por lo que se ha venido utilizando la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual ha generado los denominados “*choques de trenes o guerras entre cortes*”, inseguridad jurídica por atentarse contra el principio de la cosa juzgada, pero sobre todo ha puesto al juez, director del proceso, como demandado en otro proceso (constitucional). Por lo expuesto, la presente investigación tiene por objeto evidenciar la necesidad de adelantar el citado incidente en el proceso ordinario y analizar el carácter de su decisión.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que todos los jueces de derecho interno deberán realizar una suerte de control de convencionalidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y las normas de derecho interno<sup>42</sup>, incluso *ex officio*<sup>43</sup>. De conformidad con lo expuesto, si una norma de derecho interno contradice la CADH, deberá preferirse esta, razón por la cual, creemos que debe para tal efecto adelantarse el mencionado incidente de control, en este caso de convencionalidad.

En conclusión, la consagración de un incidente de control de constitucionalidad equivale a dotar al proceso ordinario de un método o procedimiento necesario para lograr la efectividad de la justicia constitucional por los jueces no especializados en esta materia, el cual creemos debe ser sumario, oral y concentrado, con el fin de hacer de esta justicia una justicia real acorde con el Estado Social de Derechos.

42 Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006. Allí se declaró la invalidez del decreto de amnistía (Ley 2191 de 1978), que se refería al perdón de los crimines realizados en la época de Pinochet, entre 1973 y 1978. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, “La inconstitucionalidad por omisión”, en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison*, op. cit., p. 106.

43 Caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*.



### 2.8.1. Naturaleza objetiva del control incidental de constitucionalidad o de convencionalidad

El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *objetivo*, cuando el objeto del mismo sea inaplicar una ley, exclusivamente en el caso concreto, cuya decisión final produce efectos inter partes<sup>44</sup>.

No debe olvidarse que la ley (en general las normas con rango de ley) están amparadas por el principio de presunción de constitucionalidad, según el cual se reputan constitucionales, mientras la autoridad competente no la declare inconstitucional<sup>45</sup>. Lo expuesto significa que todos los jueces o funcionarios deberán aplicar la ley que no haya sido declarada inconstitucional, so pena de incurrir en prevaricato por omisión. Incluso, la no aplicación de la ley es causal para adelantar los llamados recursos extraordinarios, tales como la casación.

No obstante lo anterior, puede suceder que una ley sea inconstitucional solamente en el caso particular o concreto, dadas las vicisitudes del proceso, o porque aún no ha sido demandada ante la Corte Constitucional (en el caso colombiano). En estos eventos el juez por excepción no aplica la ley que se presume constitucional, precisamente por ser inconstitucional en el caso concreto, por tal razón se le ha denominado “*excepción de inconstitucionalidad*”<sup>46</sup>. Para llegar a esta conclusión, debe adelantarse un debido proceso que permita a las partes y terceros presentar argumentos sobre

44 Este incidente es diferente del modelo italiano. Cfr. Rolla, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lima, Grijley e IIDC (Sección Peruana), 2008, capítulo titulado “juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales”, pp. 89-123.

45 Corte Constitucional (Italia o Colombia), Tribunal Constitucional (Alemania, España o Perú), Salas Constitucionales en la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia (Costa Rica, Venezuela o Colombia entre 1968 y 1991), Cortes Supremas que actúan como Tribunal Constitucional (México o Argentina). Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2002.

46 En el derecho italiano o español, al decir de Piero Calamandrei, “el juez ordinario es la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional”, es decir, no tiene poder de decisión, sino el poder de accionar la jurisdicción constitucional. En Colombia en cambio, el juez ordinario si tiene poder de decisión.

la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente, así como una decisión específica y especializada de constitucionalidad, donde los argumentos y razonamientos sean contundentes.

En efecto, cuando no se toma una decisión prejudicial “*incidenter tantum*”, en materia constitucional dentro de un proceso ordinario, origina una falta de claridad o desorden jurídico en la sentencia. Recuérdese que la sentencia en el proceso ordinario debe referirse a las excepciones y pretensiones (principio de congruencia), pero cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad directamente en la sentencia el objeto de la misma será la inaplicación de la ley inconstitucional. Cuando esto sucede, se presentan varios problemas que resaltaremos a continuación.

El primer problema jurídico procesal es que la sentencia vulnera el principio de congruencia, por ello es que debe tramitarse previamente a la sentencia un incidente de control de constitucionalidad en el cual el juez realice dicho control de constitucionalidad de la ley para el caso concreto, de tal suerte que cuando deba proferir la sentencia, la misma únicamente se refiera al problema ordinario definido por la pretensión y excepción, toda vez que la controversia constitucional o cuestión de confrontación de constitucionalidad de la ley ya fue resuelto. Ahora, si resuelve la cuestión de constitucionalidad primero y luego las pretensiones y excepciones, ¿La apelación se referirá a los dos problemas?, ¿Quién los resuelve? Por ello es que previamente deberá resolverse el problema constitucional.

El segundo problema presentado es que no existe (al menos en este modelo) la posibilidad de ejercer una defensa de la constitucionalidad de la ley, toda vez que la sentencia solamente declaran la excepción de inconstitucionalidad, pero al ser en la providencia final, resulta imposible defender la constitucionalidad de tal ley.

El anterior problema es el origen del tercero de los evidenciados, el cual se presenta cuando la excepción de inconstitucionalidad se aplica en una sentencia susceptible de apelación. ¿Qué se apela: (i)



el tema ordinario; o, ¿(ii) El tema constitucional? En esta hipótesis el apelante en principio descuida el tema ordinario porque tendrá que argumentar por qué la ley inaplicada sí era constitucional. ¿Si lo expuesto llega a prosperar, qué pasa con el tema ordinario, es decir, con el tema relacionado con la pretensión-excepción? La respuesta es evidente, se profiere una sentencia que no resuelve el problema jurídico planteado en el proceso. ¿Debe el juez de segunda instancia resolverlo? Creemos que no, porque en definitiva no habría en realidad una sentencia de primera instancia, ya que ella no se fundamentaría en la ley aplicable al caso, es decir, nunca se resolvió el problema y el juez de segunda instancia sería en realidad el de primera, lo cual vulneraría otro derecho fundamental constitucional: el de la doble instancia, toda vez que esta última decisión tendría el carácter de segunda instancia, pero en verdad sería de primera. Ello si se acepta la apelación, como quiera que la doctrina especializada indica que "*la decisión no se podrá recurrir ante juez o tribunal superior*"<sup>47</sup>, tesis que no podemos compartir.

Un cuarto problema lleva a confundir el tema de la excepción de inconstitucionalidad con el principio *iura novit curia*. En efecto, este principio permite al juez cambiar el fundamento jurídico de la pretensión y será constitucional, cuando el fundamento jurídico de la sentencia es constitucional, mientras que el fundamento de la pretensión es legal e inconstitucional. Esto puede suceder cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la ilegalidad de la ley base del acto administrativo, pero el juez resuelve declarar la nulidad del acto con fundamento en su inconstitucionalidad y no en la supuesta ilegalidad argumentada en la demanda. Esto es posible, toda vez que la Constitución es ley de leyes, a pesar de enseñarse que la justicia administrativa es regada; cuando la Constitución pueda fundamentar una decisión, la misma debe aplicarse, pero reiteramos, aquí hablamos de la aplicación constitucional del principio *iura novit curia*, no de una "*excepción de inconstitucionalidad*"<sup>48</sup>.

47 Rey Cantor, Ernesto, *El derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 116.

48 Es necesario reiterar que, cuando en aplicación directa de la Constitución, se varía el fundamento indicado por el actor, no hablamos de un control de

Así mismo, alguna parte de la doctrina concibe a la excepción de inconstitucionalidad como "*un medio de defensa*", tal vez porque desde la teoría general del proceso así se identifica el concepto excepción<sup>49</sup>. Esta tesis no la podemos compartir, toda vez que dejaría sin posibilidades constitucionales al demandante y a los terceros en un proceso y restringiría su ejercicio al término establecido para el traslado de la demanda.

Por ello reiteramos que la excepción de inconstitucionalidad, debe ser el fundamento de una decisión prejudicial que permite remover un obstáculo legal, que conduzca a una decisión inconstitucional, tal vez una sentencia inhibitoria, la cual negaría derechos constitucionales como el de acceso a la justicia o el de primacía del derecho sustancial.

Por ejemplo, en el proceso civil de pertenencia es obligatoria la diligencia de inspección judicial en el predio objeto del proceso, pero si tal proceso versa sobre un inmueble que esté cubierto de agua o inundado por existir allí una represa, cuando se deba realizar la diligencia mencionada, salta a la vista la imposibilidad fáctica para ello, por estar el terreno objeto del proceso en la profundidad de las aguas. ¿Qué pasa si la diligencia no se puede realizar? Frente a esta situación el juez podrá proferir una sentencia inhibitoria, argumentando que le ley obligaba a realizar la diligencia de inspección judicial previa a la sentencia y que como fue imposible no podrá resolver de fondo la pretensión formulada.

Este sería un ejemplo donde debe tramitarse el incidente de control de constitucionalidad, toda vez que deberá removerse el obstáculo que impide dictar sentencia, es decir, debe inaplicarse únicamente en este caso la ley (artículo 407 del Código de Procedimiento Civil) y aplicando directamente la Constitución en lo referente al acceso a la justicia y la primacía del derecho sustancia sobre las formalidades

constitucionalidad por vía de excepción, sino de la aplicación del principio *iura novit curia*.

49 Cfr. Blanco Zúñiga, Gilberto A. *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*, op. Cit., p. 184; Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, 5ª reimp., Bogotá, Legis, 2012, pp. 429-434.



(art. 229 de la Constitución), pero previamente a la sentencia y mediante trámite incidental<sup>50</sup>.

Ahora, si el proceso de confrontación es entre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y una norma de derecho interno, también deberá tramitarse este incidente y su nombre será incidente de control de convencionalidad; en realidad también de constitucionalidad, debido al bloque de constitucionalidad, pero si la controversia es entre una norma constitucional y una convencional, ahí sí será propiamente un incidente de control de convencionalidad.

## 2.9. Naturaleza subjetiva del incidente de protección constitucional

El incidente de control de constitucionalidad será de carácter *subjetivo*, cuando se pretende proteger algún derecho fundamental de las partes en el proceso ordinario, cuya decisión final produce efectos inter partes.

Este incidente puede ser la solución al traumático problema relacionado con la acción de tutela (amparo) contra providencias judiciales, causa de una metamorfosis nefasta: *"se pasa de un juez director del proceso ordinario a un juez demandado en un proceso constitucional"*.

Y es nefasta esta metamorfosis, toda vez que se induce al juez a pensar como demandado y para nadie es un secreto, que las partes en un proceso defienden su causa incluso en contra de la verdad, es decir, se ha puesto al juez a presentar argumento falaces e incluso mentirosos, hipótesis que ni siquiera puede analizarse sobre el juzgador. Por ello ningún juez en una acción de tutela a reconocido haber vulnerado alguno de los derechos fundamentales

<sup>50</sup> Se denomina excepción de inconstitucionalidad, ya que por regla general el juez siempre deberá aplicar la ley, so pena de verse involucrado en un prevaricato por omisión, pero excepcionalmente podrá inaplicar la ley inconstitucionalidad. Se considera que, para no incurrir en una vía de hecho, debe adelantarse tal incidente y en el fallo del mismo argumentarse razonadamente la decisión.

del accionante y menos se preocupa por su protección, a pesar de la contundencia de las pruebas, lo cual es lógico, toda vez que ha sido acusado de arbitrario y si lo reconoce, deberá compulsársele copias para que se investigue penal y disciplinariamente. Decimos que es nefasto porque *"no puede inducirse al juez a pensar como litigante, ni al litigante podrá convertirse en juez transitoriamente"*, como lo proponía la fracasada reforma a la justicia en Colombia.

Igualmente, ha sido desafortunada la posición que debe asumir la parte accionante, toda vez que para que prospere una acción de tutela contra una providencia judicial debe presentarse una arbitrariedad judicial, lo cual lleva a todo accionante a argumentar en su escrito introductorio que el juez ha sido arbitrario y que ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, es decir, incluso se induce y permite al litigante faltarle al respeto al juez, lo que contribuye a la degeneración del sistema judicial; pueden discutirse los argumentos presentados por el juez en sus providencias, pero no faltársele al respeto.

Por lo expuesto, si una parte ve que se le está vulnerando o amenazando uno de sus derechos fundamentales o humanos en el proceso ordinario, deberá solicitar su protección, tutela o amparo mediante la presentación de un escrito introductorio del incidente de protección constitucional o convencional, en vez de iniciarse una acción independiente de tutela, se tramitará y decidirá en una audiencia oral y concentrada, cuya decisión podrá impugnarse ante la jurisdicción constitucional especializada.

La competencia subjetiva, reiteramos, se presenta cuando una de las partes o un tercero en el proceso en el ordinario, ve vulnerado o amenazado uno de sus derechos fundamentales (generalmente el derecho al debido proceso), por lo que podrá formular dicho incidente para solicitar al juez como director del proceso su protección, cumpliendo los términos que se explicarán. Si no se protege los derechos en el auto que decida el incidente en primera instancia podrá formularse una impugnación, el cual será tramitado y resuelto en segunda instancia por la jurisdicción constitucional especializada.



Si se acoge nuestro planteamiento se acabarán las acciones de tutela contra providencias judiciales, ya que el instrumento procesal de protección de los derechos fundamentales en el proceso ordinario será el incidente de protección constitucional.

## 2.10. Trámite del incidente de control de constitucionalidad y/o de protección constitucional o convencional

De conformidad con lo expuesto, el incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad deberá contemplar dos fases: (i) *escrita*, contentiva de la iniciación del incidente, avocación de la competencia y contradicción; y, (ii) *oral*, correspondiente a una audiencia concentrada de decisión, donde se exhibirán las pruebas, se presentarán los argumentos de conclusión y se proferirá la decisión interlocutoria que resuelva de fondo el incidente<sup>51</sup>. Este incidente deberá ajustarse a los siguientes actos procesales:

### 2.10.1. Iniciación del incidente

Podrá iniciarse de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del proceso, anterior a la terminación del proceso, es decir, antes de proferirse sentencia de primera o segunda instancia o antes de proferirse un auto interlocutorio que le ponga fin al proceso de forma anormal o alternativa<sup>52</sup>.

Se iniciará de oficio cuando el juzgador considere que va a inaplicar una ley o proteger un derecho no contemplado en otros trámites especiales (por ejemplo, los previstos en las nulidades procesales). De conformidad con el art. 129 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, da a entender que solo puede iniciarse el incidente a petición de parte, por lo que deberá aclararse tal artículo, en el sentido que su iniciación también podrá ser de oficio.

<sup>51</sup> Esto lo exige el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

<sup>52</sup> Sobre las formas anormales, excepcionales o extraordinarias de terminación del proceso, tales como la transacción o el desistimiento o la perención (así esta última se haya derogado), puede consultarse su concepción teórica en López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, parte general, 6ª ed., Bogotá, Editorial ABC, 1993, pp. 769-809

En esta hipótesis deberá proferir un auto de apertura donde indicará el objeto del incidente (si es de naturaleza objetiva o subjetiva). Si es de naturaleza objetiva, sucintamente deberá indicar la norma legal objeto de controversia y la supuesta norma constitucional vulnerada. Si es de naturaleza objetiva, los hechos u omisiones objeto de vulneración de los derechos fundamentales.

También podrá iniciarse a petición de parte; en este evento la parte incidentante, deberá presentar un escrito cumpliendo unos mínimos requisitos formales:

- (i) Determinación del objeto del incidente: si es de naturaleza objetiva (control de constitucionalidad o de convencionalidad) o subjetiva (protección de derechos fundamentales o humanos);
- (ii) Si es de naturaleza objetiva, deberá transcribir la norma legal acusada o adjuntar prueba de su existencia, así como la norma constitucional o convencional que considera vulnerada;
- (iii) Si es de naturaleza subjetiva, formular los cargos o argumentos sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad;
- (iv) La petición de lo que se pretenda hacer valer;
- (v) Si es de naturaleza subjetiva, deberá indicarse el acto u omisión que vulnera o amenaza el derecho fundamental o humano;
- (vi) La anunciación de las pruebas que se pretende hacer valer, si las hay.

### 2.10.2. Providencia que avoca el incidente

Si se ha iniciado de oficio, además de lo indicado, deberá correr traslado a las partes por tres días, para que presenten sus argumentos o anuncien las pruebas conducentes, pertinentes, útiles, etc. si las hay, para que sean presentadas en la audiencia concentrada de decisión<sup>53</sup>. La audiencia concentrada de decisión deberá señalarse dentro del término improrrogable de 10 días contados a partir de

<sup>53</sup> Esto lo exige el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.



este auto, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si el incidente se inició a petición de parte, esta providencia deberá proferirse dentro de un término improrrogable de tres días, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo y en ella se correrá traslado a la contraparte y terceros, para que dentro del término de tres días den respuesta al escrito de iniciación, si lo consideran necesario y anuncie las pruebas que presentará en la audiencia concentrada de decisión, sin ninguna exigencia formal.

Ahora, si el incidente no reúne los mínimos requisitos formales exigidos, podrá inadmitirse, para que dentro del término de tres días se subsane por incidentante y se pueda proferir una decisión de fondo, proscribiéndose cualquier tipo de decisión inhibitoria. Si se subsana se avocará el conocimiento y se dará aplicación a lo indicado en el párrafo anterior. Esta providencia debe notificarse por estado, de conformidad con las reglas generales.

### 2.10.3. Ejercicio del derecho de contradicción

Dentro del término de tres días indicado en la providencia que avoca el conocimiento del incidente, las partes y terceros, podrán presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente. Si es de naturaleza subjetiva, podrán presentarse los argumentos pertinentes y anunciar las pruebas que exhibirán en la audiencia concentrada de decisión.

Dada la informalidad que debe inspirar este incidente, junto a la celeridad, no se exige el cumplimiento de ninguna formalidad, simplemente quien desee ejercer el derecho de contradicción lo hará de la manera que considere pertinente. Tampoco debe exigirse la presentación de pruebas, únicamente que se indiquen o anuncien las que se utilizarán o presentarán en la audiencia concentrada de decisión.

### 2.10.4. Audiencia concentrada de decisión

Como se indicó, esta audiencia debe realizarse imperativamente dentro de los diez días siguientes al auto que avoca el conocimiento del incidente, debiendo ser concentrada y oral, ello implica que una vez iniciada debe terminar.

Esta audiencia de decisión tendrá tres sub etapas: (i) *probatoria*, donde se presentarán o exhibirán las pruebas anunciadas, si las hay y se ejercerá el derecho de contradicción sobre las mismas, es decir, una vez presentadas se pondrán en conocimiento de la contraparte para que se pronuncie sobre las mismas, debiendo en todo caso, tomarse la decisión sobre cualquier tipo de objeción en la misma audiencia; (ii) *argumentos de conclusión*. En esta sub etapa, las partes y terceros podrán concretar sus argumentos en una presentación oral que no exceda de 20 minutos. Esto es necesario, ya que sea cual fuere el argumento presentado por las partes, el juez de viva voz lo recepcionará, lo cual permite al juez tener un concepto claro de los hechos y argumentos, permitiéndole a su vez decidir en la misma audiencia; y, (iii) *decisión interlocutoria*. En la misma audiencia el juez resolverá de fondo el incidente, para lo cual podrá suspender la audiencia hasta por dos horas.

La decisión también será oral, pero concretará por escrito la parte resolutive la decisión cuya parte considerativa o motiva se entenderá incorporada de manera virtual y de conformidad con lo dicho en la audiencia. La notificación de esta providencia será en estrados.

### 2.10.5. Impugnación de la decisión

Proferido el fallo puede suceder: (i) que las partes lo acepten, evento en el cual no vemos porque no aceptar la competencia constitucional del juez ordinario en temas constitucionales; y, (ii) que alguna de las partes (o las dos) e incluso un tercero legitimado, no comparta la decisión que resuelve de fondo el incidente, evento en el cual debe aceptarse la procedencia de un mecanismo de impugnación, formulado ante el mismo juez que profirió la decisión, en la



audiencia dada su notificación en estrados, siendo posible dentro del término de tres días, fundamentar dicha impugnación. El juez del conocimiento o el funcionario administrativo, se pronunciará sobre su concesión. Si no lo concede, se aplicarán las reglas ordinarias del recurso de queja; pero si se concede, deberá ser en efecto suspensivo si el siguiente acto procesal es la sentencia o en efecto devolutivo si es en una etapa procesal anterior, quedando claro que el proceso se suspenderá antes de proferir sentencia, para lo cual remitirá el expediente al juez o tribunal competente de la jurisdicción constitucional para el trámite de la segunda instancia (no lo conoce su superior jerárquico sino el juez de la jurisdicción constitucional). Esta providencia se notificará por estado. Esta misma regla se aplicará en la segunda instancia o en el trámite de un recurso extraordinario, en lo pertinente.

Ahora, si la violación a la Constitución, vulneración o amenaza del derecho fundamental se presenta o evidencia en la sentencia de segunda instancia, al no poderse tramitar el incidente de control o protección de constitucionalidad, podrá interponerse un recurso extraordinario ante el juez del conocimiento, quien como se explicó se pronunciará sobre su concesión siguiendo las mismas reglas, pero se remitirá al funcionario jurisdiccional en materia constitucional de un grado superior al de su par jurisdiccional así: (i) si la sentencia la profirió un juez ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá el tribunal constitucional competente; (ii) si la sentencia la profirió un tribunal ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá la Sala correspondiente de la Corte Constitucional así: si es de naturaleza subjetiva, será la sala de garantía de los derechos fundamentales, pero si es de naturaleza objetiva, será competencia de la sala de garantía de la supremacía constitucional; y, (iii) si la sentencia es proferida por una alta corte, el recurso extraordinario en materia constitucional, será competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

#### 2.10.6. Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario

Recibido el expediente por la jurisdicción constitucional especializada, el juez, tribunal o corte, decidirá si admite el recurso en un término imperativo de tres días. Si admite el recurso convocará a una audiencia de decisión en segunda instancia, dentro de un término no superior a 10 días, so pena de ser causal de mala conducta y sancionable con destitución del cargo. Esta providencia se notificará por estado.

Dentro del término de ejecutoria de tal auto, las partes podrán solicitar las pruebas necesarias, de conformidad con las reglas establecidas por el actual art. 361 del C.P.C.

La audiencia de decisión de segunda instancia o la que resuelve el recurso extraordinario, será concentrada y oral, debiéndose tramitar las siguientes sub etapas: (i) *pruebas* si se reúnen los presupuestos indicados en el numeral anterior; (ii) *argumentación de conclusión*, para que las partes podrán exponerlos oralmente durante máximo 20 minutos; y, (iii) *decisión oral*, para lo cual podrá suspenderse la audiencia hasta por dos horas. Esta decisión es definitiva, pero no hace tránsito a cosa juzgada.

En efecto, la segunda instancia del incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad, se conocerá por la jurisdicción constitucional así: se el incidente se adelantó por una alta Corte, la segunda instancia la conocerá la Corte Constitucional en la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional (si el incidente es de competencia objetiva) o la Sala de Defensa de los Derechos Fundamentales (si el incidente es de competencia subjetiva). Si el incidente se tramita ante un tribunal, la segunda instancia se tramitará ante el Tribunal Constitucional (regional, provincial, estatal o departamental), pero si se tramitó ante un juez, la segunda instancia la conocerá el juez constitucional.



### 3. CONCLUSIÓN

Lo primero que debe resaltarse es que no debemos temer a tener una verdadera justicia constitucional y para ello debe implementarse un modelo multidimensional, tal como se ha sustentado.

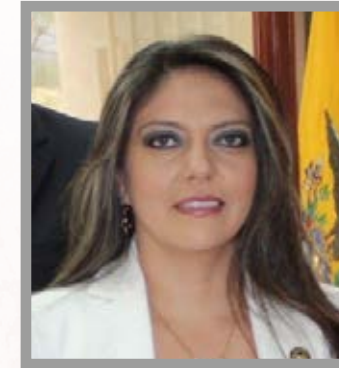
Este modelo debe reglamentarse en un Estatuto de Justicia Constitucional (Código Procesal Constitucional), que precise el acceso a la justicia constitucional, sus alcances, modelo de jurisdicción constitucional base de nuestra propuesta, una parte especial dedicada a los procesos constitucionales e incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad y una parte final dedicada a la jurisdicción constitucional supranacional.

Es necesario implementar la oralidad en la justicia constitucional y celeridad, toda vez que se requiere una justicia de cara a la realidad y acorde con el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, ordenado por el art. 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>54</sup>.

Es necesario implementar un modelo mixto de origen dual, que permita una justicia constitucional integral, en su naturaleza objetiva y subjetiva. Es este orden de ideas, se requiera implementar una jurisdicción constitucional especializada y paralelamente implementar procedimentalmente un incidente de control y protección constitucional en la jurisdicción ordinaria.

<sup>54</sup> Dicho artículo prevé en la parte pertinente: "...las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias en procura de una unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos...".

## EVOLUCIÓN Y TRASCENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL



Wendy Molina Andrade

*En su intervención, la profesora Wendy Molina señaló la relevancia de la estructura del sistema de fuentes en la formación de jurisprudencia constitucional; el cambio de paradigma, produjo que fuentes directas (Ley) o indirectas (principios o costumbre) despierten el interés de juzgadores, por acudir a la jurisprudencia, preconizándose el catálogo axiológico inserto en los textos constitucionales.*

*Según Molina, el nuevo constitucionalismo ambiciona una armonización de todas las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente con los preceptos constitucionales; "...la actividad jurisdiccional lo que busca es precautelar y desarrollar los valores y principios constitucionales, lo cual impone al juzgador un rol activo, creador y protector de derechos que no podría generarse a través de los mecanismos clásicos, que se encontraban vigentes antes de la Constitución...", remarcó.*



## 1. INTRODUCCIÓN

Para comprender el rol que cumple hoy en día la jurisprudencia constitucional en el sistema jurídico ecuatoriano cabe realizar un repaso histórico y evolutivo de nuestro paradigma constitucional cuyas reformas han impactado en el valor de la jurisprudencia.

El ordenamiento constitucional ecuatoriano desde sus orígenes fue influenciado fundamentalmente por el modelo constitucional europeo continental, cuyo sistema de fuentes giraba en ese entonces en torno a la "Ley" como acto supremo, el cual no podía ser contrariado y su fuente principal de producción eran los congresos y parlamentos, mediante su postestad de generación normativa mediante la promulgación de leyes, que por su proveniencia gozaban de legitimidad, validez y obligatoriedad, concepción clásica que entendió a la Constitución como un mero programa político, basado en la supremacía absoluta de ley, donde el valor de la jurisprudencia estaba lejos de ser considerado vinculante.

Transformaciones profundas en el paradigma constitucional ecuatoriano empezaron a surgir como reacción a diversos problemas políticos, económicos, generados por la crisis del modelo referido, los mismos que buscaron una alternativa de solución con la expedición de la Constitución de 2008, producto de amplios debates de sectores sociales, inclusive aquellos históricamente discriminados, resultado de lo cual el Ecuador incorporó en la Carta Magna elementos importantes de la teoría del neo constitucionalismo, poniendo énfasis no solo en la validez formal de las normas sino en la eficacia y justicia de aquellas, siendo los jueces, a través de su jurisprudencia, los llamados a preconizar los principios y valores de la Constitución.

El constitucionalismo ecuatoriano propende efectivizar un proceso de "constitucionalización del ordenamiento jurídico", para garantizar la armonización de las disposiciones jurídicas existentes con los preceptos constitucionales, pues de manera evidente por ese medio se garantiza también la vigencia de los derechos y libertades de sus habitantes, consagrando así sus

elementos característicos como la supremacía constitucional, la fuerza normativa de la Constitución, la necesidad de interpretar" la Constitución, el nuevo rol de los jueces, la vinculatoriedad de las decisiones constitucionales emanadas por ellos, muestra de lo dicho es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales pues a diferencia de antes, los procesos constitucionales no van a terminar con la expedición de la sentencia, sino con la ejecución de la misma, es decir con la reparación integral de los derechos constitucionales comprometidos.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

La Corte Constitucional desempeña una función de gran relevancia en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, esto es, el desarrollo de jurisprudencia vinculante respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales con los que deben lidiar diariamente usuarios y operadores de justicia constitucional del país, para lo cual va marcando el camino, ratificando y creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales, que eviten la superposición entre las garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y por sobre todo, ilustrando y guiando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general.

Desde la óptica de la Constitución Política de 1998, no se podía hablar de un derecho jurisprudencial, pues no existía el reconocimiento constitucional del valor del precedente constitucional y las garantías constitucionales no podían generar otro efecto que no sea inter partes.



El ex Tribunal Constitucional dictaba una serie de fallos contradictorios sobre una misma materia, circunstancia que denotaba que características como certeza y seguridad jurídica se endilgaban única y exclusivamente al derecho legislado, esto es, a la ley en sentido formal. La ausencia de líneas jurisprudenciales, reglas para determinados escenarios constitucionales fue una constante en la historia jurisprudencial constitucional ecuatoriana. Como consecuencia, se lesionaron diariamente los derechos a la igualdad y seguridad jurídica a partir una fuente del derecho que recibió tradicionalmente el calificativo de secundaria o de conocimiento.

La Constitución vigente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el art. 436 numerales 1 y 6, principio que se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada, la finalidad de este principio es garantizar la seguridad jurídica, y se reconoce a la jurisprudencia como fuente directa de derecho y empieza la Corte Constitucional a partir de esta nueva competencia constitucional a fijar el camino para la consolidación del derecho jurisprudencial ecuatoriano.

Teniendo claro que, el desarrollo de jurisprudencial constitucional vinculante en materia de garantías es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional, es necesario determinar cuáles son los procedimientos que tiene para cumplir con dicha competencia, reiterando como uno de los grandes cambios y novedades la creación de la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación, control y administración de justicia constitucional.

En este punto, es necesario señalar que, por supuesto uno de los grandes cambios que trajo la vigencia de la Constitución actual, fue la creación de una Corte Constitucional, con amplias facultades para garantizar la supremacía de la CRE y la vigencia y respecto de los derechos de las personas, teniendo un modelo de control concentrado en dicho órgano especializado.

Bajo esa ligera explicación no sería posible que se encuentre exento del conocimiento de las decisiones que en materia constitucional generan los órganos que integran la estructura de la justicia constitucional, la cual está conformada de la siguiente manera.

Jueces de instancia, conocen garantías jurisdiccionales en primera instancia, que son acción de protección, *habeas corpus*, *habeas data*, acción de acceso a la información pública y medidas cautelares.

Cortes provinciales, conocen en apelación las garantías jurisdiccionales antes referidas, con excepción de la medida cautelar que por su naturaleza no es susceptible de apelación.

La Corte Nacional de justicia, que conocerá el *habeas corpus* en casos de fuero.

Por supuesto, en la cúspide como órgano de cierre, está la Corte Constitucional, la cual tiene competencias para conocer y resolver, garantías jurisdiccionales de su competencia que son: acciones de incumplimiento de sentencias, acciones por incumplimiento de normas y acciones extraordinarias de protección en contra de decisiones judiciales y de justicia indígena. Estas competencias además de las relativas a los procesos de control constitucional, señalando que contamos con un control abstracto y un control concreto, mas no difuso.

Al posicionar a la Corte Constitucional como el máximo intérprete del texto constitucional y garante de los derechos reconocidos en ella, es por eso que veremos cómo la Corte a través del ejercicio de sus facultades y con la ayuda de las garantías antes mencionadas ha hecho posible un reposicionamiento del valor de la jurisprudencia constitucional.

Cuando se trata de garantías normativas, el rol de los jueces constitucionales cobra real importancia a través del denominado "Control Constitucional", dicho control se ejerce debido a que las garantías normativas, teniendo como base la supremacía



constitucional, obligan a que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa deba adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, situación que permite a la Corte juzgar la compatibilidad de una norma legal con la Constitución y proteger su real supremacía, armonizando todo el orden jurídico.

Es así, que el Control Constitucional, permite verificar que el actuar legislativo sea coherente con la Constitución, haciendo que se desvanezcan las ideas liberales de que la actividad legislativa es infalible y que sus actos son inimpugnables, lo que tiene como consecuencia que las decisiones constitucionales invadan el ámbito normativo, convirtiéndose en derecho objetivo.

Por otro lado, dentro de las garantías jurisdiccionales, los jueces constitucionales tienen la posibilidad de corregir los márgenes de vulneración de derechos en que los diversos poderes, públicos o privados y su consecuente reparación. Situación que además permite a los jueces dar un contenido a los derechos de manera garantista.

Se evidencia un rol activo, creador, protector de los derechos. Dicho papel no podría generarse a través de los mecanismos clásicos de control de constitucionalidad, en que las resoluciones sobre la constitucionalidad de una norma únicamente podían ser estimatorias o desestimatorias, que aceptaban o negaban pero que desconocían la importancia de la modulación, reglas y principios. Por esto, se introducen en el modelo constitucional ecuatoriano las sentencias denominadas atípicas, que en palabras simples son aquellas que hacen algo más que estimar o desestimar y pueden ser de tipo interpretativo, manipulativo, aditivo, sustractivo, sustitutivo, exhortativo.

Pero existe una competencia que se transversaliza todas las anteriormente, mediante la cual, el máximo organismo de control, interpretación y administración de justicia en la materia, genera jurisprudencia vinculante.

## 2.1. La Jurisprudencia vinculante en la Constitución

En nuestro país, tal como fue señalado, tradicionalmente la jurisprudencia solo tuvo fuerza subsidiaria. No obstante, en el nuevo orden constitucional, la fuerza que adquiere la jurisprudencia constitucional, asume un valor normativo en el orden jerárquico de las fuentes, nunca antes experimentado.

Si bien, de una lectura aislada del Art. 425, que establece el orden jerárquico de la aplicación de las normas en el sistema jurídico ecuatoriano, no se desprende que la jurisprudencia adquiera un valor normativo pues se dispone que este estará comprendido de la siguiente manera:

*"...La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos..."*

Lo que nos permite observar que la jurisprudencia no es mencionada de manera categórica, llevándonos en principio a pensar que ha sido excluida o en el mejor de los casos ha sido relegada a una posición jerárquica mínima, no obstante, al amparo de una interpretación integral de la Constitución, observamos que existen disposiciones como el Art. 11 numeral 8 de la Constitución, que nos permiten arribar a una conclusión distinta, de acuerdo con la cual la jurisprudencia constitucional es efectivamente una herramienta que permite el desarrollo progresivo de los derechos y precisamente que en el ejercicio de dicha tarea, estas adquieren calidad de derecho objetivo.

Por su parte, disposiciones constitucionales como el Art. 436 numerales 1 y 6, dejan en evidencia una clara voluntad del constituyente de asignar una fuerza vinculante y obligatoria a la jurisprudencia de esta alta Corte, jurisprudencia que constituirá un precedente para las futuras actuaciones de los jueces constitucionales



y que podrá dictarse a través de un proceso de selección y revisión, pero también a través de los dictámenes y sentencias que surgen a partir de cualquier proceso que se encuentre en conocimiento de la Corte Constitucional, lo cual veremos con claridad en el análisis de los casos que expondré más adelante.

De acuerdo con la doctrina el valor de la jurisprudencia guarda relación proporcional y directa con el nivel de protección que pueda tener una garantía constitucional, relación que fue evidente con el sistema de fuentes reconocido en la Constitución Política de 1998, pues el carácter accesorio o de conocimiento de la jurisprudencia de garantías trajo como consecuencia que estas fueran débiles e incompatibles con la protección requerida por los derechos constitucionales.

En el régimen constitucional de 1998 no existía cosa juzgada constitucional en materia de control de constitucionalidad, toda vez que el Tribunal Constitucional se limitaba a ser un legislador negativo, la inexistencia de sentencias atípicas como las interpretativas, aditivas, sustitutivas etc., hacía que la protección de los derechos se realizara mediante reenvíos burocráticos y meras recomendaciones desde el órgano constitucional al legislativo.

Las decisiones en materia de amparo, no constituían verdaderas sentencias, pues tenían carácter de resoluciones con efectos cautelares, su cumplimiento se encontraba sometido a procedimientos jurisdiccionales ordinarios y vinculaban únicamente para las partes del proceso, lo que generaba criterios contradictorios entre los jueces constitucionales y otras garantías constitucionales.

A partir de la nueva Constitución de la República, la jurisprudencia constitucional adquiere un valor de fuente del derecho, sobre todo con la aparición de la competencia de la Corte Constitucional prevista por el Art. 436 numeral 6 de la Constitución, la cual a mi parecer constituye el hito por excelencia para ejemplificar el poder normativo de las sentencias emitidas por la justicia constitucional, pues es a través de dicha norma constitucional que la Carta Suprema

atribuye a la Corte Constitucional, la facultad de expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.

La Corte Constitucional en su primera sentencia de jurisprudencia vinculante, en concordancia con las disposiciones constitucionales y normativas, dejó sentado cómo el organismo ejecutaría esta competencia y cuáles serían los efectos de dichas decisiones.

Respecto del primer punto, en lo que se refiere a cómo el organismo llevará adelante su tarea de dictar sentencias con efectos vinculantes que se convierten en verdaderos precedentes, la Corte aclaró que su misión será llevada adelante a través de un proceso de selección y revisión de causas, previsto por el Art. 86 numeral 5 de la Carta Magna, el mismo que obliga a todos los jueces y juezas constitucionales de instancia y apelación, en conocimiento de procesos de garantías, a remitir a la Corte Constitucional todas las sentencias producto de dichos procesos. Obligación que le permite a la Corte Constitucional, tener una visión general de todas las decisiones a las que arriban los jueces constitucionales y detectar posibles falencias en la aplicación de la justicia constitucional.

Los criterios para la selección de los casos sobre los cuales la Corte podrá dictar una sentencia de jurisprudencia vinculante, principalmente son la gravedad y relevancia constitucional; mismas que de acuerdo con la primera sentencia de jurisprudencia vinculante, no se configuran únicamente por la vulneración de derechos subjetivos que pudiesen derivarse de la decisión judicial sometida a análisis, sino que además se exige que las causas reúnan condiciones que denoten la necesidad de ser seleccionadas para la creación de reglas o precedentes sobre un conflicto identificado; reglas o precedentes tendientes a evitar la superposición entre las garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, los presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y por sobre todo, que hagan posible ilustrar y guiar la satisfacción de los derechos constitucionales para la ciudadanía en general.



Con dicha competencia se rompe de manera definitiva, el efecto clásico de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, donde las sentencias generadas en ejercicio de las garantías jurisdiccionales, no podían producir otro efecto que no sea *inter partes*, pues ahora vendrían a vincular a sujetos ajenos al proceso e impactar en las decisiones de todos los órganos judiciales; situación que permite incorporar de manera directa a la jurisprudencia vinculante dentro del sistema de fuentes.

Los efectos adquiridos por las sentencias de jurisprudencia vinculante han sido clasificados en efectos horizontales y efectos verticales, como efectos horizontales, encontramos a la obligación de la Corte Constitucional de, en casos futuros, atenerse a su propia jurisprudencia salvo los casos en los que deba alejarse de ella por razones suficientes, las que deberá justificar a través de una poderosa carga argumentativa, señalando las particularidades del caso que la llevan a alejarse del criterio jurisprudencial existente. Por otro lado, como efectos verticales se halla la obligación de todos los jueces que sustancian garantías jurisdiccionales de respetar los parámetros interpretativos a los que se ha arribado la Corte Constitucional vía jurisprudencia vinculante, como a una norma, lo que implica la imposibilidad de alejarse del precedente si el caso bajo su conocimiento tiene conexión fáctica y conceptual con el precedente.

A fin de profundizar respecto de cuál es el verdadero alcance del carácter vinculante de las decisiones producto del proceso de selección y revisión de la Corte, diremos que en principio generan un efecto de sometimiento de las decisiones judiciales venideras a los criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Así mismo el alcance de la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, tomando en consideración su calidad de máximo intérprete de la Constitución, implica que los otros intérpretes de la Constitución, deban acatar el entendimiento de las disposiciones constitucionales, al que ha arribado la Corte en sus sentencias como definitivo.

Finalmente, respecto de los precedentes con carácter vinculante, es importante recordar que la Corte Constitucional a partir del proceso de selección de una sentencia determinada en un caso de garantías jurisdiccionales crea derecho objetivo. Vemos entonces como uno de los efectos principales de la creación de sentencias de jurisprudencia vinculante es la incorporación del principio *stare decisis* en nuestra cultura jurídica, principio que obliga a los jueces a decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.

Habiendo esclarecido que con la aparición de las sentencias que crean precedentes vinculantes, la jurisprudencia ingresa dentro del sistema de fuentes del derecho, resta preguntarnos: ¿dentro de qué nivel jerárquico pueden ser posicionadas las decisiones a las que arriba la Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia prevista por el numeral 6 del Art. 436 de la Constitución, en el actual sistema de fuentes?, al respecto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, nos aporta ciertas luces, así en su Art. 2 numeral 3, dentro de los principios de la justicia constitucional menciona que:

*"los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos."*

Partimos entonces de que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia genera parámetros interpretativos y que estos poseen fuerza vinculante, ahora bien para responder la interrogante planteada nos vemos compelidos a dilucidar ¿Cuál es el rango de obligatoriedad de dichos parámetros? para lo cual, me parece pertinente, tal como lo ha hecho cierta parte de la doctrina, recurrir a la teoría del paralelismo de las formas jurídicas, desarrollada por el profesor Pérez Royo, quien nos enseña que el valor jerárquico de una norma interpretativa por un organismo con legítimas facultades para hacerlo, ya sea en abstracto o en concreto, es idéntico al de la



norma interpretada, es decir que los actos interpretativos emanados por la Corte Constitucional en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, obtendrán el mismo rango jerárquico que el mismo texto constitucional, lo que trastoca el sistema de fuentes sometiendo a la ley y demás fuentes normativas a dichos criterios interpretativos.

Este importante posicionamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de carácter vinculante, nos lleva a asumir que los jueces constitucionales deben actuar con absoluta responsabilidad y comprender que su labor permitirá delinear la unidad y coherencia del derecho ecuatoriano, teniendo como eje transformador la Constitución. Tarea que de no ser desempeñada de manera adecuada podría alejarnos del verdadero sentido de los derechos y alterar la seguridad jurídica.

Es entonces responsabilidad de la Corte Constitucional hacer posible la verdadera constitucionalización del ordenamiento jurídico, bajo la interpretación constitucional que provenga de cualquier proceso constitucional a cargo de la Corte Constitucional, claro está dependiendo del caso en análisis (Art. 436.1 C.R.E).

Del mismo modo el Art. 436 en su numeral 6 además de habilitar la creación de sentencias de jurisprudencia vinculante, mediante el proceso de selección y revisión sobre las sentencias en materia de garantías jurisdiccionales, permite la creación de dicha jurisprudencia a partir de los “demás procesos constitucionales”, es decir la Corte Constitucional a través de todos los procesos constitucionales que se encuentran bajo su conocimiento puede generar jurisprudencia.

Nuestra Constitución impone como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, la obligatoriedad en el cumplimiento de las sentencias y configura además la obligación de verificar su cumplimiento, así el Art. 436 numeral 9 atribuye a la Corte Constitucional el conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, competencia que podría

ser efectivamente utilizada para sancionar el cumplimiento de las sentencias de carácter vinculante con gran rigurosidad. En tal sentido, entiendo que se encuentra en manos de la propia Corte Constitucional materializar la normatividad de la Constitución, no solo aplicando las disposiciones constitucionales sino haciendo cumplir su jurisprudencia por los otros operadores jurídicos y cumpliendo al interior de la Corte con sus parámetros interpretativos, para hacer de su labor una labor coherente que pueda ser respetada por el aparato judicial y social.

De esta manera vamos a ver cómo a partir del ejercicio jurisdiccional de la Corte, esto es, a partir de los casos concretos que son conocidos por este organismo, se ha encontrado la necesidad de modificar la normativa vigente, armonizándola con la Constitución, y se han generado reglas jurisprudenciales que estructuran las garantías constitucionales, ya sean jurisdiccionales o normativas, para finalmente garantizar de mejor manera el cumplimiento de los derechos.

## **2.2. Fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional**

Empezaremos por exponer casos concretos mediante los cuales la Corte genera reglas jurisprudenciales para luego analizar una sentencia de jurisprudencia vinculante, propiamente dicha.

En primer lugar analizaremos una sentencia dictada dentro de una acción extraordinaria de protección, la cual de acuerdo con el ordenamiento constitucional ecuatoriano es una garantía jurisdiccional que procede contra sentencias o autos y cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales mediante la corrección de las vulneraciones de derechos en las que hayan incurrido los operadores judiciales en sus decisiones.

Habrà que tener presente que la facultad interpretativa en manos de la Corte Constitucional se ejerce a través de todas sus sentencias y dictámenes, lo que permite que surjan reglas jurisprudenciales en los diferentes tipos de procesos. Además, conforme lo dispuesto por el



numeral 8 del Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como parámetro para la admisión de una acción extraordinaria de protección debe considerarse el hecho de que dicha acción permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional, circunstancia que deja en evidencia la facultad que tiene la Corte Constitucional para establecer precedentes judiciales a través de este tipo de garantía.

Ya dejamos sentado en apartado relativo a la jurisprudencia de carácter vinculante, que dicho tipo de jurisprudencia adquiere un carácter normativo relevante y que su aplicación es obligatoria incluso por encima de las leyes, en tal sentido cabe verificar cómo la Corte Constitucional en el ejercicio de la garantía jurisdiccional como lo es la acción extraordinaria de protección, ha generado precedentes constitucionales de obligatorio cumplimiento, con carácter de derecho objetivo.

La Corte Constitucional en efecto ha ejercido la facultad de dictar sentencias dentro de las acciones extraordinarias de protección que contienen reglas jurisprudenciales, cuyos efectos se extienden más allá de las partes, como ocurre en las siguientes decisiones, que a pesar del tiempo son de considerable importancia porque han marcado la línea de la actividad jurisdiccional, generando derecho objetivo que ha permitido la aplicación adecuada de las garantías jurisdiccionales desde su expedición.

Son muchas sentencias en las cuales encontramos una adecuación normativa de las garantías jurisdiccionales mediante esta necesaria intervención del máximo intérprete de la Constitución, voy a referir dos de ellas, que si bien datan de algunos años atrás, su trascendencia marcó la pauta para el accionar a partir de esa fecha en materia de garantías jurisdiccionales, convirtiéndose en reglas que viabilizaron desde esa fecha la materialización de las garantías jurisdiccionales, impidiendo que se vulnerara el derecho a la tutela judicial efectiva

en el primer caso y en el segundo caso a acceder a un proceso de ejecución rápido, de determinación de la reparación económica sin dilaciones, conforme al segundo caso expuesto, por último, el tercer caso expuesto, versa sobre una sentencia hito, fundadora, que inauguró y explicó la función del proceso de selección y revisión de sentencias, que reconoció como una verdadera garantía jurisdiccional a la acción de incumplimiento de sentencias, que además llenó una laguna, pues la normativa no había previsto el mecanismo de reclamación ante el incumplimiento de una sentencia constitucional por existir sentencias contradictorias entre sí, aspecto que fue analizado y resuelto por la jurisprudencia.

### **2.2.1. Sentencia No. 029-14-SEP-CC, Corte Constitucional (Desistimiento tácito)**

La Corte Constitucional, conoce una acción extraordinaria de protección planteada contra una sentencia de segunda instancia que negaba el recurso de apelación planteado dentro de una acción de protección en la que la jueza de primera instancia dictó el desistimiento tácito, con motivo de la falta de comparecencia del accionante a la audiencia convocada en el proceso.

La Corte analiza la institución del desistimiento tácito en las garantías jurisdiccionales, a partir del derecho a la tutela judicial efectiva, partiendo del hecho de que las garantías jurisdiccionales se encuentran enmarcadas en un proceso informal, sencillo y rápido, por medio del impulso judicial. En base a aquello la Corte Constitucional reconoce que la tutela de los derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección –y de las garantías jurisdiccionales en general– se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado.

Bajo ese contexto, la Corte dictó reglas jurisprudenciales para comprender el desistimiento tácito, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual señala:



*“[S]e considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado”.*

Es decir que dentro de la figura del desistimiento tácito deben verificarse de forma concurrente dos supuestos para que sea declarado. El primero es cuando el afectado por la presunta violación a sus derechos constitucionales no compareciere a la audiencia sin justa causa; y segundo, que su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. Por tanto, se debe entender que es necesario que converjan estos dos supuestos para que el juez declare el desistimiento o en su caso haga un nuevo señalamiento para contar con la presencia del accionante, dejando en claro que la decisión de declarar el desistimiento tácito es de carácter excepcional.

Una vez hecho el análisis del desistimiento tácito, la Corte verificó del expediente tramitado en primera y segunda instancia que los jueces señalaron únicamente que el accionante –que en el caso, es la misma persona que el afectado– no compareció a la audiencia, y que su ausencia se dio sin justa causa. No obstante, el segundo supuesto, relacionado con si era o no indispensable su presencia para demostrar el daño que fue sustentado en el escrito de demanda, no fue objeto de análisis por parte de las autoridades jurisdiccionales. Es decir, en caso de ausencia de la persona afectada y falta de concurrencia de los elementos que permiten declarar el desistimiento tácito, se debe continuar con el trámite de la acción, ya que es central la importancia de la sustanciación de la causa en las garantías jurisdiccionales de los derechos, en las que el juzgador tiene la oportunidad de determinar si existe o no vulneración de los derechos alegados por la parte accionante, y de este modo efectuar un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión del accionante.

Bajo estas consideraciones, al no haberse evaluado el cumplimiento de ambos requisitos para la verificación del desistimiento tácito, y al haber sido refrendada esta acción por medio de la negativa a conceder la apelación del auto impugnado, la Corte determinó que

los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha violaron el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses del accionante.

El presente análisis llevó a la Corte Constitucional a dictar la siguiente regla jurisprudencial con efectos generales:

La aplicación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para declarar el desistimiento tácito de las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales debe ser concurrente; circunstancia que debe ser valorada como parte sustancial de la motivación del auto que lo resuelva.

De verificarse únicamente la inasistencia a la audiencia sin justa causa, pero no la indispensabilidad sobre su presencia, la jueza o juez continuará con el desarrollo de la audiencia y dictará sentencia, conforme a lo establecido en la normativa constitucional y legal pertinente.

En caso de hallarse frente a una inasistencia sobre la que se haya presentado una justa causa, y de considerar que la presencia de la persona afectada es indispensable, la jueza o juez, después de calificarla como tal, deberá fijar una vez más una nueva fecha y hora para su celebración.”

Vemos entonces como la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia delinea el procedimiento de las garantías constitucionales, respecto del desistimiento tácito, interpretándolo acorde con los preceptos constitucionales.

#### **2.2.2. Sentencia 004-13-SAN-CC (Régimen para la reparación económica en sentencias de garantías constitucionales)**

La presente sentencia se dicta dentro de un proceso de acción por incumplimiento, la misma que constituye una garantía constitucional, cuyo objeto se encuentra previsto en el Artículo 93



de la Constitución, de acuerdo con el cual la Corte Constitucional deberá:

*“Garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo incumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible...”*

Garantía que es coherente con el Art. 436, numeral 5 de la Constitución el cual atribuye a la Corte Constitucional la facultad para:

*“Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”.*

Esta garantía pone a disposición un mecanismo que permite exigir la realización de un deber que se ha omitido cumplir, en procura de la plena vigencia de las leyes y actos administrativos de carácter general, así como, sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, haciendo frente al voluntarismo o discrecionalidad en su cumplimiento.

La Corte Constitucional ha entendido que el cumplimiento de las normas que persigue la presente garantía no solo implica la aplicación formal de lo establecido en la disposición normativa, sino el acatamiento de otros deberes que deben mantener las autoridades públicas o particulares para el efectivo cumplimiento de la norma solicitada, principalmente el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

A través de la presente sentencia y considerando el mandato constitucional ecuatoriano, que dispone que toda vulneración de derechos merece una reparación integral, en la cual se encuentra comprendida la reparación de los daños, la cual se pretende que consiga un sentido interdependiente de los derechos constitucionales (Artículo 11 numeral 6 de la Constitución).

La presente sentencia deja en claro que la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución.

En materia específica de garantías jurisdiccionales la presente sentencia hace hincapié en el deber judicial de la aplicación obligatoria de la reparación integral ante toda vulneración de derechos, pues “...Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución” (Artículo 86 numeral 3 segundo inciso), de lo que se deduce que las decisiones que resuelvan las acciones planteadas en protección de los derechos constitucionales, que declaren la vulneración de un derecho, deben necesariamente contener la disposición de reparación integral en la parte resolutive de la decisión constitucional.

Para abordar en análisis de la reparación económica dentro de los procesos de garantías, la Corte Constitucional interpreta el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determinaba que:

*Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.*



La norma era clara al establecer que todo tipo de reparación económica, cuando tenga que satisfacerlo un particular, la determinación del monto se tramitará vía juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez; mas cuando la debe compensar el Estado, la cuantificación deberá realizarse vía contencioso administrativo. La Corte expresa que si bien podría pensarse que esta regulación restringe el derecho a la reparación integral, al realizar un análisis de la disposición a la luz de la lógica de las garantías jurisdiccionales dentro del Estado Constitucional de derechos y justicia. Encuentra que lo que pretende la norma es controlar los excesos en los que el juez constitucional puede incurrir al determinar los montos concernientes a la reparación económica y tutelar de los derechos constitucionales de la contraparte, para que esta pueda ejercerlos dentro del marco del debido proceso.

Empero, esta Corte concluye que la determinación del monto de la reparación económica, consecuencia de la declaración de una vulneración de derechos, no generará un nuevo proceso de conocimiento, sino exclusivamente una cuantificación dentro de un trámite de ejecución de la sentencia constitucional, pues de lo contrario, la ejecución de las decisiones constitucionales quedarían a la expensa de que estas se ratifiquen en un nuevo proceso en la justicia ordinaria que declare la vulneración del derecho.

Por tanto, la Corte entiende que se debe cuantificar el monto por parte de la jurisdicción civil o contencioso administrativa, según el caso, sin que ello implique un nuevo conocimiento acerca del fondo del asunto, sino más bien un trámite que determina un monto económico dentro de la fase de ejecución de la sentencia constitucional, el mismo que debe ser ágil, para lo cual se debe emplear todos los medios necesarios para el cumplimiento del principio de celeridad en materia constitucional.

En razón de lo analizado, la Corte Constitucional, al ser el intérprete final y auténtico de la Constitución, en ejercicio del Artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, establece como regla interpretativa que:

*El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos.*

Ahora bien, en lo que respecta al último párrafo del citado Artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone "...De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes". La Corte entiende que las garantías jurisdiccionales por su naturaleza son sencillas, rápidas y eficaces; si solo finalizan con la ejecución integral de la resolución; y si el proceso de cuantificación ante la jurisdicción contenciosa administrativa o ante la civil es únicamente un proceso de ejecución y no de conocimiento, por lo que no existe fundamento constitucional para que el proceso pueda dilatarse con la presentación de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, situación que vulnera lo dispuesto por el Art. 86 numeral 2 literal a de la LOGJCC.

Las consideraciones antes expuestas llevan a la Corte Constitucional no solo a generar una interpretación conforme a la Constitución del Art. 19 de la LOGJCC, sino a realizar un control constitucional de oficio y por conexidad, a través de una sentencia sustitutiva de la frase "*De estos juicios se podrá interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes*" del Artículo 19, sustituyéndola por la siguiente "*Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite*".

De esta forma la Corte deja zanjada la fuerte contradicción que existía entre el procedimiento oscuro a seguirse para ejecutar las reparaciones económicas dispuestas en procesos de garantías jurisdiccionales y las disposiciones de la Constitución que exigen



que los procesos sean sencillos, rápidos y expeditos, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

**2.2.3. Sentencia N.o 0001-10-JPO-CC, Corte Constitucional (caso proveniente de proceso de selección y revisión a través de la cual se reconoce como garantía jurisdiccional a la acción de incumplimiento de sentencias). Sentencia hito, fundadora de esta competencia proveniente de la revalorización del sistema de fuentes**

Dentro de un proceso de selección y revisión, que como dijimos en apartados precedentes, permite a la Corte Constitucional dictar sentencias de jurisprudencia vinculante, dicho organismo a través de la sentencia conocida como INDULAC, además de dejar sentada una de las formas en las que se ejercería la facultad de la Corte Constitucional de dictar jurisprudencia vinculante, estructuró la garantía de la acción de incumplimiento de sentencias.

Si bien no podemos decir que sea una creación inédita de la jurisprudencia vinculante, pues su fundamento se encuentra previsto en la Constitución de la República, específicamente en su Art. 436 numeral 9, el cual dispone que la Corte Constitucional ejercerá la facultad de conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, la jurisprudencia vinculante cumple con la importante labor de brindar a esta facultad de la Corte Constitucional el carácter de garantía y diseñar su funcionamiento.

La Corte Constitucional en la sentencia sujeta a estudio, aclaró que tal como lo dispone el Art. 86 numeral 3 de la Constitución:

*"Los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución", lo que permite comprender que un proceso constitucional no finaliza con la expedición de la sentencia o resolución; por el contrario, lo trascendental es el cumplimiento de la misma, su eficacia normativa, efecto jurídico que permite la materialización de la reparación integral.*

En dicha jurisprudencia se hace hincapié en la importancia del mecanismo jurisdiccional para el cumplimiento de las sentencias constitucionales, sin consideración al tipo de proceso constitucional del que provengan y concibe a dicho mecanismo como una auténtica garantía jurisdiccional de protección y reparación de derechos constitucionales, lo cual lleva a concluir a la Corte que si no existieran mecanismos de cumplimiento como la acción de incumplimiento, de nada serviría la presencia de garantías para la protección de todos los derechos constitucionales.

De la interpretación realizada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia vinculante, se concluye una obligatoriedad de las sentencias constitucionales, pues de su cumplimiento depende la materialización de la reparación integral y por lo tanto la satisfacción de los derechos constitucionales.

Así en dicha sentencia la Corte Constitucional dispone que, ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el Artículo 436 numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado. Queda claro entonces que la presente sentencia de jurisprudencia vinculante, habilita a la Corte Constitucional a conocer dentro de los procesos de incumplimientos de sentencias de garantías constitucionales, la contradicción existente entre las mismas a fin de evitar que estas obstaculicen su cumplimiento entre sí.

La sentencia además dispone que tratándose de sentencias dictadas por la misma Corte Constitucional, será la Corte Constitucional de oficio o a petición de parte, quien deberá velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales, lo que nos permite concluir que la Corte a partir de la presente sentencia no solo estructura una garantía constitucional, sino que refuerza de manera absoluta el cumplimiento de todas las sentencias constitucionales, promueve la desaparición de sentencias contradictorias que impidan la ejecución de las sentencias constitucionales y refuerza las facultades de control de cumplimiento de sentencias a cargo de la Corte Constitucional.



### 3. CONCLUSIÓN

Lo antes expuesto nos ha permitido reflexionar sobre el importante impacto que el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos ha tenido en la jurisprudencia constitucional, vemos como el Ecuador ha logrado reestructurar su sistema de fuentes rompiendo la cultura europeo continental que lo influenció por más de un siglo, siempre en miras de satisfacer los derechos de sus ciudadanos de la mejor manera posible.

La jurisprudencia constitucional que se ha estudiado a profundidad nos demuestra que la supremacía constitucional y el otorgar la calidad de máximo intérprete de la Constitución a la Corte Constitucional, ha sido una fórmula efectiva para a través de las sentencias de dicho intérprete constitucionalizar el ordenamiento jurídico, pudiendo incluso reformarlo para hacerlo coherente con la Carta Suprema.

Si bien la Corte Constitucional tiene un largo camino en la tarea de brindar unidad y coherencia a las leyes con la Constitución, ha trazado una importante senda al utilizar sus facultades para hacer de las garantías constitucionales herramientas más eficientes y convertirlas en verdaderas vías para la protección de nuestros derechos. Por todo esto concluyo que la jurisprudencia constitucional es un agente importante de cambio que debe ser utilizado con absoluta responsabilidad.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente año 2008.

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia N. o 001-10-JPO-CC.

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia N. o 045-11-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. o 004-13-SAN-CC

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. o 016-13-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 029-14-SEP-CC

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Ecuador, 2009.

Montaña, Juan. “La Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho ecuatoriano”, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Quito, 2012.

Peces Barba, Gregorio; Curso de derechos Fundamentales, Teoría General, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. López Medina Diego, la Jurisprudencia como fuente del Derecho. Visión histórica y comparada. Umbral 1, Quito, 2011.

Pérez Royo, Javier. “Curso de Derecho Constitucional”, décimo tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2012.



## EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA

*“Su proyección y desarrollo actual como un modelo plural”*



***Alan E. Vargas Lima***

La ponencia del profesor Vargas Lima, estuvo dirigida a una revisión histórica y evolución de los diferentes modelos de control de constitucionalidad adoptados por el Estado boliviano; desarrollando datos jurídicos precisos y apoyado en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, Vargas Lima precisó la configuración de un sistema de control concentrado y plural de constitucionalidad, conforme al entendimiento jurisprudencial que nos comparte el máximo guardián de la Constitución Política del Estado.

Los bellos enunciados que nos deja la experiencia boliviana impregnan un modelo plural de control de constitucionalidad, un retrato jurídico nacional que consolida la composición diversificada de la sociedad latinoamericana, “...en consecuencia, nos llevaría a implementar también mecanismos de justicia plural y de control plural de constitucionalidad (...), esto, con carácter de atención urgente a ciertos grupos...”, puntualizó.



## 1. INTRODUCCIÓN

Una breve revisión de las reformas y modificaciones del sistema constitucional boliviano, en cuanto se refiere al sistema de control de constitucionalidad, permite afirmar que el Estado boliviano en su desarrollo histórico-legislativo adoptó los diferentes modelos que se conocen en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional.

Así en un primer momento de su vida republicana (1826 – 1861), bajo la influencia del liberalismo francés, configuró un *modelo político de control de constitucionalidad* a través de un Consejo de Estado; en una segunda etapa (1861 – 1994) adoptó el modelo americano, es decir, *el sistema jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad* a través de la Corte Suprema de Justicia; en la tercera etapa (1994 – 2009) adoptó el modelo europeo, es decir, *el sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad* con la atribución exclusiva del control a un órgano especializado proveniente del modelo europeo, que fue denominado Tribunal Constitucional<sup>55</sup>; y finalmente, en la cuarta

55 Un breve análisis exhaustivo sobre las bases doctrinales y las experiencias de los sistemas de control de constitucionalidad predominantes en el mundo, así como los antecedentes del control jurisdiccional en el caso boliviano, con especial énfasis sobre los alcances, implicaciones, y consecuencias del modelo de control político, así como del modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad, y su evolución en Bolivia desde 1826 hasta 1967 puede verse en: GALINDO DE UGARTE, Marcelo. ¿Tribunal Constitucional o Corte Suprema? Una contribución al debate. La Paz, Bolivia: Fundación Milenio – Producciones Cima, 1994. Por otro lado, los antecedentes del Debate Nacional sobre la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia, así como las tesis favorables y contrarias acerca de su implementación en el país, se encuentran ampliamente detalladas en el trabajo de: GALINDO DECKER, Hugo. *Tribunal Constitucional*. La Paz, Bolivia: Editorial Jurídica Zegada, 1994. Asimismo, para constatar la evolución del control de constitucionalidad en Bolivia de acuerdo a su configuración constitucional, es de utilidad consultar el ilustrativo ensayo de: RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *El Control de Constitucionalidad en Bolivia*. En: Revista del Tribunal Constitucional. Número 1. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial, 1999. Págs. 45-86. Respecto a la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el modelo americano de control jurisdiccional difuso en Bolivia, es muy útil consultar el trabajo de: URCULLO REYES, Jaime. *El control jurisdiccional de revisión judicial o difuso en Bolivia*. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998 – 2003*. Págs. 65-99. Asimismo, un estudio sobre el *Sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia*, fue ampliamente analizado y expuesto hace más de una década atrás, por el ex Magistrado Decano del Tribunal Constitucional Dr. Willman R. Durán Ribera(+), en un Seminario Internacional sobre Justicia Constitucional. Cfr. VI SEMINARIO

etapa (2009 *hacia adelante*), se ha configurado constitucionalmente un *sistema predominantemente concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*, según el entendimiento desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de la interpretación de las normas establecidas por la Constitución aprobada el año 2009.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. Antecedentes del control de constitucionalidad en la historia republicana

Debemos comenzar señalando que la primera Constitución escrita y sistematizada que adoptó Bolivia, se la conoce como “*Constitución Bolivariana*”, en homenaje al autor del proyecto de dicha Constitución: el Libertador Simón Bolívar<sup>56</sup>.

INTERNACIONAL: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho* (Sucre, 26 y 27 de junio de 2003). Memoria N° 7. Sucre, Bolivia: Editorial Tupac Katari, 2003. Págs. 187-202. Finalmente, cabe considerar que un interesante ensayo donde se analiza la evolución histórica de los modelos de control de constitucionalidad, examinando la progresiva expansión de la jurisdicción constitucional y su funcionalidad en los regímenes democráticos, la obra del Juez Marshall y la doctrina de la “*judicial review*”, así como la evolución del control político de constitucionalidad de las leyes en Francia y la jurisdicción constitucional en la Europa de entreguerras (con especial referencia al pensamiento kelseniano y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad), puede encontrarse en el trabajo de: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*. En: Revista Pensamiento Constitucional, Vol. 4, Núm. 4, 1997 / ISSN 1027-6769. Disponible en: <http://bit.ly/2b9Zxa5> Prosiguiendo con su análisis, el mismo autor español escribió también un estudio explicativo acerca del control de constitucionalidad en Latinoamérica, realizando un recorrido desde la temprana afiliación de los países latinoamericanos al modelo de control político, la posterior recepción y difusión del modelo norteamericano de revisión judicial de constitucionalidad, hasta la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales Latinoamericanos (1945-1979), cual puede verse en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales*. En: Revista Derecho PUCP, Núm. 52, 1999. Disponible en: <http://bit.ly/2b6RU2L>

56 “Bolívar prometió a los legisladores de su Hija Predilecta, enviarles la Constitución más liberal del mundo, agregando que ‘nuestras leyes orgánicas serán dignas de la más completa civilización’. Habló, asimismo, de que en su obra se habían reunido la experiencia de los siglos y los consejos de los sabios. Lo anterior prueba que el Libertador se empeñó en consagrar tan bellos enunciados en su obra constitucional, a la que no puede desconocerse que la concibió y ejecutó con



Esta Constitución Bolivariana fue sancionada el 6 de noviembre de 1826, y promulgada el 19 de noviembre del mismo año. El contenido ideológico-político de dicha Constitución estuvo inspirado en el liberalismo francés, y en cuanto a su contenido normativo, su autor tuvo la habilidad de incorporar elementos recogidos del Derecho Romano, expresado en la inclusión de la Cámara de los Censores, y asimismo del Derecho Anglosajón, en lo que se refiere al sistema parlamentario inglés, al establecer un Presidente vitalicio (una especie de “Rey sin corona”), y un Vicepresidente que cumple las funciones de jefe de gabinete con responsabilidad política ante el Congreso, juntamente con los Ministros de Estado. También recoge en parte los elementos del presidencialismo norteamericano. Es una Constitución que condensa distintos modelos que se habían establecido con el avance del Derecho, pero se basa principalmente en una filosofía demoliberal.

Haciendo un breve resumen del contenido de la Constitución Bolivariana<sup>57</sup>, se puede señalar que definió la estructura jurídico-

---

máximo interés, abrigando la esperanza de extender su imperio desde el Orinoco a los Charcas”. Cfr. TRIGO, Ciro Félix. “Reseña Constitucional Boliviana”. *Revista de Derecho*. Año II, N° 2. La Paz, Bolivia: Editorial UMSA, Enero de 1950. Pág. 54. Ciertamente, la primera Constitución Boliviana fue elaborada por el Libertador Simón Bolívar, modificada por el Mariscal Antonio José de Sucre y por la Asamblea Constituyente de 1826. En este sentido, un trabajo de análisis sobre la obra de Sucre en la Fundación de la República de Bolivia y su influencia en la primera Constitución, incluyendo manuscritos y ediciones facsimilares de los documentos principales de la Fundación de Bolivia y de la primera Constitución Bolivariana de 1826, pueden verse en: ABECIA BALDIVIESO, Valentín. *Sucre y la primera Constitución*. La Paz, Bolivia: Impresores Mundy Color, 1995. El texto del Mensaje del Libertador Simón Bolívar al Congreso Constituyente de Bolivia con motivo de la presentación del proyecto de Constitución, así como el contenido de la Constitución Bolivariana de 1826, pueden consultarse en: JORDAN DE ALBARRACIN, Betty. *Documentos para una Historia del Derecho Constitucional Boliviano*. La Paz, Bolivia: Talleres Gráficos San Antonio, 1978. Págs. 33-69. Asimismo, un resumen y análisis crítico sobre la Constitución Bolivariana de 1826, puede encontrarse en: TRIGO, Ciro Félix. *Las Constituciones de Bolivia*. Colección: Las Constituciones Hispanoamericanas, editadas bajo la dirección de Manuel Fraga Iribarne. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos, 1958. Págs. 67-82.

57 Los antecedentes históricos y el contexto político-social en que se produjo la creación de Bolivia, a la luz de los acontecimientos y la correspondencia del Libertador, así como algunas de las razones por las que Bolívar hizo que el Perú adoptara la Constitución Boliviana de 1826, pueden encontrarse detallados en: DE

política del Estado, en los siguientes términos: forma de Estado, unitario centralizado; forma de Gobierno, democrático-popular; y en cuanto a la soberanía, definió que la misma emanaba del pueblo. Sobre esa base, estableció que el poder público se ejercía a través de cuatro poderes del Estado (desmarcándose así del esquema clásico diseñado por Montesquieu). De ahí que, la “Constitución Bolivariana”, conocida también como “Constitución Vitalicia” (dado que establecía un Presidente y una Cámara de Censores, ambos de duración vitalicia), preveía que el poder político del Estado se ejercía a través del Poder Electoral, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial<sup>58</sup>.

En este contexto, cabe señalar que en la naciente República, se estableció un sistema de control de constitucionalidad parecido al modelo francés, encomendando dicha labor al propio Poder Legislativo.

En efecto, la Constitución Bolivariana de 1826, en su artículo 51, al señalar las atribuciones de la Cámara de Censores (que según Bolívar era el Poder Moral del Estado), estableció textualmente lo siguiente: “1° velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2° Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos”, lo que implica el ejercicio de un control político de constitucionalidad,

---

MADARIAGA, Salvador. *Bolívar*. Tomo II. Tercera edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana, 1959. Págs. 301-335. Por otro lado, un capítulo de análisis del contexto histórico de surgimiento de la Constitución Boliviana de 1826, a la luz de los mensajes y correspondencia del Libertador, puede verse en: LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. *Bolívar*. Ediciones de la Presidencia de la República – Academia Nacional de la Historia. Caracas, Venezuela: Italgráfica S.R.L., 1988. Págs. 457-468. Finalmente, los mensajes y correspondencia más importante del Libertador, pueden consultarse en: BOLÍVAR, Simón. *Escritos Políticos* (precedido de “El espíritu de Bolívar”, por Rufino Blanco Fombona). Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1999.

58 Una breve monografía de análisis acerca del proceso histórico del proyecto constitucional del Libertador para la naciente República de Bolivia, así como el proceso histórico de la Constitución bolivariana en Perú, pueden verse en el interesante estudio de: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Bolívar y su propuesta constitucional de 1826*. Revista Pensamiento Constitucional, Vol. 7, Núm. 7 (2000). Disponible en: <https://bit.ly/31DFBH2>



entendiendo que existe un mecanismo de control político, cuando se atribuye la defensa de la Constitución a órganos de carácter electivo popular, como el Legislativo, una de sus cámaras, el Ejecutivo u otro órgano<sup>59</sup>.

No obstante, en sentido contrario se ha pronunciado el autor alemán Norbert Lösing, quien en su análisis comparativo sobre la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica, y a tiempo de describir el control constitucional en los inicios del constitucionalismo boliviano, señala que el Poder Legislativo estaba conformado por tres cámaras, entre ellas la mencionada *Cámara de Censores*, a la cual le correspondía realizar el control de constitucionalidad de los actos del Ejecutivo; en consecuencia, y según el criterio de este autor, “el control constitucional de las leyes no estaba previsto. Ni mucho menos un recurso para que los ciudadanos individualmente, pudieran defenderse frente a las violaciones de la Constitución. Con la Ley del 8 de junio de 1827 se expidió la reglamentación de la organización judicial. Siguiendo los preceptos de la Constitución, no se le atribuyó a la justicia función de control alguna. En mayo de 1829 el Mariscal de Campo Andrés de Santa Cruz, tomó el poder y gobernó en principio prescindiendo del órgano legislativo hasta que fue expedida la nueva Constitución de 1831”<sup>60</sup>. Como se puede apreciar, ante la inexistencia de un recurso judicial para poder denunciar la violación de la Constitución, o por el simple hecho de no haberse previsto expresamente un sistema de control por vía judicial, el referido autor cree ver la inexistencia de control de constitucionalidad en Bolivia, en esta primera etapa republicana.

Sin embargo, el autor español Francisco Fernández Segado, realizando un análisis objetivo de los antecedentes del control de constitucionalidad en Bolivia, ha llegado a afirmar que ciertamente,

<sup>59</sup> Cfr. ASBUN, Jorge. *Control Constitucional en Bolivia. Evolución y Perspectivas*. (Conferencia impartida por el Dr. Jorge Asbun en las Primeras Jornadas sobre el nuevo orden constitucional en Bolivia). Santa Cruz, Bolivia: Editora El País, 1999. Pág. 6.

<sup>60</sup> Cfr. LÖSING, Norbert. *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Traducción de Marcela Anzola Gil. Madrid, España: Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Dykinson, 2002. Pág. 240.

en el *Mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia*<sup>61</sup>, el Libertador Simón Bolívar hizo una observación en torno a la necesidad de instaurar un sistema de control de la constitucionalidad de los actos del poder público, razón por la cual, pensó en un órgano político encaminado a velar por la salvaguarda de la Constitución, y ese órgano fue la tercera cámara del Poder Legislativo: la Cámara de Censores (cámara que se situaba junto a la Cámara de Tribunales y a la Cámara de Senadores); a cuyo efecto, estableció que “serán ellos

<sup>61</sup> “El Mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia –dice Salcedo-Bastardo– es parecido en su intención y finalidad al de Angostura. Enviado desde Lima con el correspondiente proyecto de Constitución para la nueva república que surge con su nombre, el Mensaje contiene un comentario extenso de la nueva Carta Fundamental. El Poder Electoral, el Legislativo tricameral, la Presidencia vitalicia, el Poder Judicial, las garantías y derechos individuales –con especial insistencia sobre la libertad religiosa–, son temas sucesivos de su perspicaz análisis. Concluye con un saludo emocionado a la nueva nación meridional: ¿Qué quiere decir Bolivia? Un amor desenfrenado de libertad, que al recibirla vuestro arrobo, no vio nada que fuera igual a su valor”. Cfr. BOLÍVAR, Simón. *Siete documentos esenciales*. Introducción y Subtítulos por J. L. Salcedo-Bastardo. Caracas, Venezuela: Ediciones de la Presidencia de la República, 1973. Págs. 99-112. Una edición facsimilar del proyecto de Constitución para la República de Bolivia, redactada por el Libertador en Lima, a petición de la Asamblea del Alto Perú, incluyendo las notas manuscritas del Gran Mariscal de Ayacucho, puede verse en: BOLÍVAR, Simón. *Proyecto de Constitución para la República Boliviana* –Lima, 1826– con adiciones manuscritas de Antonio José de Sucre. Caracas, Venezuela, 1978. Cabe agregar aquí, que ciertamente el Libertador comenzó a redactar su proyecto de Constitución (así como el discurso de presentación), durante su estadía en la ciudad de Chuquisaca, en el poco tiempo que le quedaba libre, después de las arduas labores de organización de la nueva República; “dichas obras que fueron concluidas en Lima, absorbieron toda su capacidad mental y emocional, ya que no dejó de corregirlas y pulirlas; sometiéndolas a consideración de sus amigos. Afirma O’Leary que suprimió capítulos íntegros del discurso de presentación, acaso de una belleza más espléndida que los que lo integran definitivamente”. Cfr. DIEZ DE MEDINA, Lucio. *El Libertador en Bolivia* (Primer Premio del Concurso Nacional de la Sociedad Bolivariana de Bolivia). Segunda Edición. La Paz, Bolivia: Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en el Estado Plurinacional de Bolivia – Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2011. Págs. 132, 195. La convocatoria a la Asamblea Deliberante de las Provincias del Alto Perú, plasmada en el Decreto de 9 de febrero de 1825, el Acta de Independencia de 6 de agosto de 1825, las primeras Leyes constitucionales del país (del 11 y 13 de agosto de ese mismo año), así como el texto del Mensaje del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia (de 25 de mayo de 1826), junto a una selección de los artículos más relevantes de la primera Constitución Bolivariana (de 19 de noviembre de 1826), ahora pueden consultarse en: ARZE, José Roberto (Antologador). *Antología de Documentos Fundamentales de la Historia de Bolivia*. La Paz, Bolivia: Biblioteca del Bicentenario de Bolivia, 2015. Págs. 143, 163, 199, 216.



(los Censores) los fiscales contra el Gobierno para celar si la Constitución y los Tratados públicos se observan con religión”. Entonces, “el modelo político de control de la constitucionalidad esbozado en Francia, estaba en buena medida presente en el pensamiento bolivariano y de él pasaría a la Constitución de 1826”<sup>62</sup>.

De ahí que, la Constitución Política del Estado de 1826, haciendo plenamente suya la idea bolivariana, acogía un Poder Legislativo tricameral, una de cuyas cámaras, la Cámara de Censores, asumía la facultad de velar si el gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos, debiendo acusar ante el Senado, las infracciones que el Ejecutivo hiciera tanto de la Constitución, como de las leyes y los tratados públicos. “En definitiva –concluye Fernández Segado<sup>63</sup>–, en esta primera etapa del constitucionalismo boliviano, que se prolonga hasta la Constitución de 21 de septiembre de 1851, que sentará las bases para un cambio de orientación, el control político de constitucionalidad, con una u otra característica, aparece profundamente arraigado, situación que bien puede considerarse como paradigmática, pues ciertamente, con notables alteraciones cronológicas en ocasiones, se repite en muchos otros países”.

Posteriormente, en la reforma constitucional del año 1831 se creó el Consejo de Estado otorgándole, entre otras, la atribución de ejercer el control de constitucionalidad<sup>64</sup>. Por disposición del artículo 93

62 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica N°40. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2002. Pág. 11.

63 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Arequipa, Perú: Editorial ADRUS S.R.L., 2012. Pág. 424.

64 “Aunque Urcullo considera que la Constitución boliviana de 1831 abre una nueva etapa en la que el control se encomienda a un órgano especial, el Consejo de Estado, lo cierto es que a nuestro juicio, esa nueva Constitución no quiebra la tendencia anteriormente iniciada de control político, por cuanto el Consejo de Estado era un órgano compuesto de siete consejeros nombrados por el Congreso (uno por cada departamento de la Nación), que estaba obligado a informar documentalmente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones a la Constitución. Es decir, se trataba de un órgano de naturaleza política, que limitaba en éste ámbito su función a la meramente informativa hacia el Legislativo acerca de las supuestas violaciones constitucionales”. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional*

de la Constitución, dicho organismo estuvo “compuesto de siete individuos, nombrados por el Congreso a pluralidad absoluta de votos”, a ellos se sumaban el Presidente y Vicepresidente de la República, una vez fenecido su mandato. Una de las atribuciones del Consejo de Estado fue la de “velar sobre la observancia de la Constitución e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella”. Esa tarea, ciertamente constituye una modalidad de control de constitucionalidad (supeditada al Poder Legislativo), que se mantuvo en la reforma constitucional de 1834.

Mediante la reforma constitucional del año 1839 se suprimió el Consejo de Estado sin que se asigne la tarea del control de constitucionalidad a un órgano específico. Sin embargo, de acuerdo al artículo 77 de la misma Constitución, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo se preveía: “2° Velar en la exacta observancia de la Constitución y hacer que todos los funcionarios públicos desempeñen cumplidamente sus deberes”<sup>65</sup>; lo que pareciera mostrar que se pretendió concentrar la labor del control de constitucionalidad en un órgano de naturaleza política, como es el Poder Ejecutivo.

El año 1843, al reformar la Constitución, se restableció el organismo bajo el nombre de *Consejo Nacional* con una composición muy diferenciada; y el texto constitucional le otorgó la facultad de velar sobre la observancia de la Constitución<sup>66</sup>, debiendo trasladar al Poder

en Bolivia. La Ley número 1836 de 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. Pág. 11.

65 Cfr. TRIGO, Ciro Félix. *Las Constituciones de Bolivia*. Prólogo de Manuel Fraga Iribarne. Adiciones y actualizaciones (1961 – 2002), Dr. Jorge Antonio Asbun Rojas. Segunda Edición. La Paz, Bolivia: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003. Pág. 293.

66 En la reforma constitucional de 1843, expedida bajo el gobierno provisional del General José Ballivián, se volvió a reglamentar nuevamente un control constitucional político; “en primer lugar se incluyó nuevamente el Consejo de Estado en el art. 61 de la Constitución de 1843. Estaba compuesto de dos senadores, dos parlamentarios, los Ministros de Estado, dos jueces de la Corte Suprema, un General de las Fuerzas Armadas, un dignatario eclesiástico y el director de las supremas autoridades financieras. La función de los Consejeros consistía en informar al ejecutivo de las (presuntas) violaciones a la Constitución. El ejecutivo podía disolver, de conformidad con el art. 43 inc. 7 de la Constitución de 1843, las cámaras legislativas en la medida que éstas de manera manifiesta e indudable



Ejecutivo los informes convenientes en los casos de infracción.

En 1851 se volvió a reformar la Constitución y, en lo que respecta al tema de control de constitucionalidad, se suprimió nuevamente el Consejo Nacional y no se previó un mecanismo ni institución para desarrollar las labores del órgano depuesto<sup>67</sup>. Sin embargo, es importante precisar que el artículo 82 de esa Constitución, a tiempo de proclamar que el Poder Judicial residía en la Corte Suprema, en las Cortes Superiores y Juzgados de la República, establecía que *“a ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones”*, estableciendo así la regla de aplicación preferente de la Constitución frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico<sup>68</sup>.

A través de la reforma de la Constitución realizada el año 1861, se restituyó el Consejo de Estado, y en aquella ocasión, se ampliaron sus atribuciones en lo que concierne a la labor de control de

---

hubieran transgredido los límites previstos en la Constitución. Para la disolución se requería sin embargo la aprobación del Consejo de Estado y de la Corte Suprema que debían sesionar conjuntamente para tomar la decisión”. Cfr. LÖSING, Norbert. Obra citada. Pág. 240.

67 De manera concordante con este criterio, Norbert Lösing señala que en la Constitución de 1851 no se preveía ningún tipo de control constitucional, ni ejecutivo, legislativo o judicial; sin embargo, el artículo 82 de la Constitución de 1851 reconocía por primera vez la supremacía de la Constitución frente a las leyes ordinarias. *“No obstante, no se infirió de esa regla una competencia para el control constitucional por vía judicial. Hasta ese momento no se conocieron en Bolivia los mecanismos procesales para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”*. Cfr. LÖSING, Norbert. Obra citada. Pág. 241.

68 Cabe precisar que: “Tanto el artículo 82 de la Constitución de 1851, como el párrafo 2° del artículo 228 de la Constitución de 1967, contienen un compulsivo mandato que magistrados y jueces no pueden ni deben olvidarlo porque él constituye una de las más preciadas garantías del ordenamiento jurídico de la Nación”. Asimismo, se debe tener presente que: “La facultad o atribución del Supremo Tribunal para conocer de este proceso solemne y quizá el más importante y valioso, cual es el proceso de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, aparece por primera vez en la Constitución de 1861”. Cfr. VIRREIRA FLOR, Rodolfo. *De los Procesos y Recursos previstos en la Constitución Política del Estado*. En: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *5 Estudios Jurídicos (sobre temas de los nuevos Códigos bolivianos, Civil y de Procedimiento Civil)*. Volumen I. Sucre, Bolivia: Biblioteca Jurídica, 1977. Pág. 87.

constitucionalidad. Así, por ejemplo, en el ámbito consultivo y correctivo, el artículo 41 estableció que: *“Son atribuciones del Consejo de Estado: 3) Dar su voto sobre los proyectos de ley o reglamento, que el Gobierno le pase por vía de consulta. 4) Juzgar a los magistrados de la Corte Suprema 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 y establecimientos creados por las municipalidades. 9) Recibir durante el receso de la Asamblea, las denuncias y querellas interpuestas contra el Presidente de la República y Ministros del despacho, por actos inconstitucionales, para someterlas a la Asamblea, previa instrucción conveniente”*; lo que demuestra que se pretendió mantener forzosamente la labor del control de constitucionalidad en un órgano de naturaleza política.

## 2.2. El control jurisdiccional difuso de constitucionalidad en Bolivia a través de la Corte Suprema de Justicia

Resulta importante señalar, que en la reforma constitucional del año 1861, paralelamente a la creación del Consejo de Estado, se adoptó el modelo de control de constitucionalidad conocido como *control jurisdiccional difuso* o modelo americano; toda vez que la Constitución reformada consagró, por una parte, el principio de la *supremacía constitucional* cuando en su artículo 86 estableció textualmente lo siguiente: *“Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”* y, al mismo tiempo, encomendó la labor de control de constitucionalidad, por la vía de acción concreta, al Tribunal Supremo de Justicia, cuando en su artículo 65 dispuso que: *“son atribuciones de la Corte de Casación (Tribunal Supremo de Justicia), además de las que señalan las leyes: 2° Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”*<sup>69</sup>.

Posteriormente, en la reforma constitucional realizada el año 1868 se suprimió el *Consejo de Estado*, manteniéndose invariable la atribución de la “Corte de Casación” (Tribunal Supremo de

---

69 Cfr. TRIGO, Ciro Félix. Obra citada. Pág. 358.



Justicia), de conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad de las leyes; empero, en la reforma del año 1871 se restableció nuevamente con modificaciones en su composición y atribuciones, conforme a las cuales, se le otorgó la atribución de ejercer el control de constitucionalidad en el orden normativo preventivo y correctivo.

Entonces, sobre la base de la norma constitucional incorporada en 1861, y que se mantuvo inalterable en 1868, se organizó el *control jurisdiccional difuso de constitucionalidad* ejercido por todos los jueces y tribunales del país, que al resolver un caso concreto, tenían la atribución y obligación de inaplicar una disposición claramente incompatible con las normas de la Constitución; asimismo, el control era ejercido por la Corte Suprema de Justicia, la que tenía la facultad y atribución de conocer y tramitar el *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* de una disposición legal, cuya decisión sólo tenía un efecto *inter partes*, es decir, para el caso concreto<sup>70</sup>.

Resumiendo, podemos decir que el modelo de control jurisdiccional difuso de constitucionalidad vigente entre los años 1861 a 1938, tuvo las siguientes características:

- i) En lo que se refiere a los alcances del control, abarcaba a dos ámbitos: i) *el normativo*, es decir, el control sobre las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones de carácter normativo general, labor ejercida a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y, ii) *el competencial*, es decir, el control sobre el ejercicio de las atribuciones y

70 “El nuevo Código de Procedimiento Civil, dice pues, que el proceso de inconstitucionalidad procede en todos los casos en que una persona individual o colectiva (natural o jurídica) ‘se creyere agraviada por los efectos de una ley, decreto o cualquier género de resolución’, pudiendo interponer la respectiva demanda ante el Supremo Tribunal pidiendo ‘se declare la inaplicabilidad’ de la ley, del decreto o de la resolución, en todo o en parte, en el caso concreto en que el demandante se cree agraviado. Se pide la declaración de ‘inaplicabilidad’ de la ley, decreto o resolución, por ‘inconstitucional’, porque el Poder Judicial no puede declarar llanamente la inconstitucionalidad, ya que no es ‘censor directo de los Poderes Legislativo y Ejecutivo’. Y, esa declaración deberá recaer sobre el punto concreto demandado (...)”. Cfr. VIRREIRA FLOR, Rodolfo. *De los Procesos y Recursos previstos en la Constitución Política del Estado*. Pág. 93.

competencias otorgadas por la Constitución y las Leyes a las autoridades públicas, labor desempeñada a través del recurso directo de nulidad. Esto significa que estuvo excluido del sistema el control tutelar de los derechos fundamentales.

ii) Respecto a los órganos encargados de ejercer el control normativo de constitucionalidad, el modelo era mixto; pues de un lado, tenía los elementos del control difuso en la medida en que todos los jueces y tribunales judiciales, al resolver un caso concreto, podían inaplicar la disposición legal que consideren inconstitucional; y, de otro, la Corte Suprema de Justicia ejercía un control concentrado por la vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

iii) Con relación a los efectos de las decisiones emitidas en el control normativo, éstas tenían efecto *inter partes*, dado que no anulaban la disposición legal declarada inconstitucional, sino simplemente declaraban la nulidad preexistente disponiendo su inaplicación al caso concreto.

En cambio, el modelo de control que estuvo vigente entre los años 1938 a 1999, tuvo la variante de haberse incluido el control tutelar de los derechos fundamentales, inicialmente a través del *Recurso de Hábeas Corpus*, aprobado mediante el Referéndum Popular de 1931 e incorporado a la Constitución en la Convención Nacional Constituyente de 1938; posteriormente con la adopción del *Recurso de Amparo* en la Asamblea Nacional Constituyente de 1967, y la promulgación del Código de Procedimiento Civil (1975) que introdujo el *Recurso contra Resoluciones Legislativas* y el *Recurso contra impuestos ilegales*. Por lo demás, se mantuvieron las características ya descritas anteriormente<sup>71</sup>.

Sin embargo, y de acuerdo al criterio del ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. José Antonio Rivera Santivañez, ese modelo de control “difuso” de constitucionalidad no rindió los

71 Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución*. Pág. 55.



frutos esperados, debido a diversas razones, entre las que se pueden señalar las siguientes<sup>72</sup>:

- i) La no vigencia permanente del régimen democrático de gobierno y del Estado de Derecho, que a lo largo de la historia republicana tuvo una presencia fugaz, debido a las permanentes interrupciones mediante los golpes de Estado que instauraron regímenes de hecho o De Facto;
- ii) La falta de una doctrina constitucional boliviana sólida y carencia de una cultura constitucional; pues habrá de recordar que por la falta de una vigencia material de la Constitución el Derecho Constitucional fue objeto de un estudio enciclopédico más que práctico y concreto, además que el sistema constitucional boliviano se configuró sobre la base del constitucionalismo clásico, por lo tanto, sobre la base del principio de legalidad y no tanto del principio de supremacía constitucional, lo que dio lugar a que se catalogara la Constitución como una mera carta política y no una norma jurídica, cuando menos eso sucedió en el Siglo XX y las primeras ocho décadas del Siglo XX;
- iii) La incompleta positivación de los derechos humanos y la falta de judicialización de los mismos, pues habrá de recordar que en esa materia la Constitución no fue generosa, ya que recién en 1931 se introdujo el hábeas corpus como garantía para el derecho a la libertad física, y el amparo constitucional en 1967; ello incidió significativamente en la poca ineficacia del sistema en el control tutelar de constitucionalidad; y,
- iv) Extremada concentración de funciones en la Corte Suprema de Justicia, como la función jurisdiccional ordinaria y contenciosa, la jurisdicción constitucional y la labor administrativa y disciplinaria, que incidió en la generación de la retardación de justicia y que el control de constitucionalidad no tuviese la eficacia esperada.

De ahí que, en criterio de Rivera Santivañez, haciendo una evaluación objetiva del control de constitucionalidad en la etapa

<sup>72</sup> Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional: una década transitando un sendero con obstáculos*. En: Revista Opiniones y Análisis N° 90. *Los árbitros de la vida institucional boliviana*. La Paz, Bolivia: Fundemos, 2008. Pág. 46.

anterior a la creación del Tribunal Constitucional, se puede concluir que no fue eficiente ni logró los resultados esperados, pues no existió un desarrollo doctrinal ni jurisprudencial sólido, sino que por el contrario, se caracterizó por la excesiva retardación de justicia<sup>73</sup>.

### 2.3. Adopción del control jurisdiccional concentrado con la creación del primer Tribunal Constitucional en Bolivia

En principio –y recordando las ideas del maestro mexicano Jorge Carpizo–, cabe precisar que el Tribunal Constitucional, sin importar la denominación que reciba (Tribunal o Corte Constitucional), “es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la Ley Fundamental a través de las garantías constitucional-procesales. El Tribunal goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución”.<sup>74</sup>

En el caso boliviano, y entre los antecedentes normativos de la implementación del control constitucional a través de un órgano especializado, debemos recordar que en virtud de la Ley N° 1585 de Reforma a la Constitución Política del Estado, promulgada en fecha 12 de agosto de 1994, se introdujeron diversas modificaciones al texto constitucional que se hallaba vigente sin cambio alguno desde el año 1967 hasta ese entonces, incluyendo la creación por mandato constitucional, de un *Tribunal Constitucional* en la vida institucional boliviana.

En este sentido, mediante dicha reforma constitucional efectuada en 1994, se modificaron aproximadamente treinta y cinco (35) artículos de la Constitución boliviana. Las novedades introducidas pueden resumirse en lo siguiente:

- *Inserción de los pueblos originarios y comunidades indígenas a la estructura social del Estado, a cuyo efecto se definió la*

<sup>73</sup> Así se tiene demostrado, con datos estadísticos consignados en el trabajo de: RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Sucre, Bolivia: GTZ – PADEP, Unión Europea, AECEI, 2007.

<sup>74</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Segunda edición. Serie: Cuadernos Constitucionales. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2017. Pág. 31.



estructura social como multiétnica y pluricultural, así como de las bases de su organización como son la unión y la solidaridad;

- *Modificaciones en el sistema electoral*, cambiando el requisito de la edad para el ejercicio de la ciudadanía de 21 años que regía hasta entonces, a 18 años;
- *Fortalecimiento del entonces Poder Legislativo*, a través de la reforma del sistema de elección de los Diputados para devolverles legitimidad y representatividad, con la introducción del sistema del doble voto en circunscripciones uni y plurinominales;
- *Estabilidad y gobernabilidad en el ejercicio del gobierno nacional*, reformando las reglas para la elección congresal del Presidente y Vicepresidente de la República, en aquellos casos en los que ninguno de los candidatos obtenga mayoría absoluta de votos en las elecciones generales;
- *Plena vigencia y protección de los derechos humanos*<sup>75</sup> como base

75 Algunos autores estiman que la expresión “derechos humanos” o derechos del hombre, llamados clásicamente derechos naturales, y actualmente derechos morales, no son en realidad auténticos derechos protegidos mediante acción procesal ante un juez, sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, y que en todo caso, una vez que determinados derechos humanos se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, transformándose en derechos fundamentales vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir que los derechos fundamentales son derechos humanos positivados por la legislación interna de un determinado Estado. En otras palabras, lo anterior significa que bajo la expresión “derechos fundamentales”, se designa a los derechos garantizados y reconocidos por la Constitución y, en cambio, la denominación “derechos humanos” hace referencia a los derechos proclamados y garantizados por las normas e instrumentos internacionales; los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y los segundos, a los Estados y Organismos internacionales. Cfr. DURAN RIBERA, Willman R. *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*. Santa Cruz, Bolivia: Comunicaciones El País, 2005. Págs. 99-100. Estas precisiones sobre el uso de las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, también pueden encontrarse en: DURAN RIBERA, Willman R. *La protección de los derechos fundamentales como pilar fundamental del Estado de derecho. El estado de la cuestión en Bolivia*. En: PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO A LA CONCERTACIÓN Y AL ESTADO DE DERECHO (GTZ) – VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (editores). *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Memoria de la Conferencia Internacional. La Paz, Bolivia: Editora PRESENCIA, 2010. Págs. 473-496. En otras palabras, ambas expresiones aluden a unos mismos derechos, pero en distintos ámbitos: interno e internacional; “por ende –decía Richard Cardozo(†)–, en la construcción doctrinal y normativa, se ha hecho hincapié a reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados en el

del orden democrático constitucional, a cuyo efecto se ha creado la Defensoría del Pueblo con la misión de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación al sector público<sup>76</sup>;

ámbito interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales. Más específicamente, derechos humanos es una expresión propia de aquella rama del Derecho que se dio en llamar Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cambio, derechos fundamentales es una expresión propia del Derecho Constitucional”. Asimismo, desde la perspectiva funcional, suele distinguirse ciertas características particulares de cada una de las expresiones: respecto a los derechos fundamentales, se dice que son “derechos constitucionales”, “menos abstractos”, “más dinámicos” y “con mayor garantía de efectividad que los derechos humanos”. En cambio, respecto a estos últimos, se dice que se caracterizan por ser “derechos inherentes al ser humano”, “inalienables” e “independientes de su reconocimiento por el Estado”. Cfr. CARDOZO DAZA, Richard Eddy. *Aproximaciones a los derechos y garantías fundamentales en la Constitución boliviana*. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (editor). *Estudios sobre la Constitución aprobada en enero de 2009*. Pág. 57. No obstante, existe un estudio que plantea que esta distinción produce una serie de consecuencias en el orden interno de los Estados, que no corresponden con la existencia de un orden jurídico plural al interior del Estado (vale decir, con pluralidad de fuentes formales -fuentes de producción de normas-, las cuales no pertenecen todas al monopolio estatal), por lo que, la persistencia de esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, tendería a mermar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, Aguilar Cavallo sostiene que “hoy en día no existe ni podría existir separación ni diferenciación entre los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos y, consecuentemente, no podría ni debería haber distinción en cuanto a los órdenes normativos que los regulan. El individuo no puede quedar sujeto a estatus jurídicos diferentes de sus derechos y libertades, sin que ello hiciera correr peligro su integridad moral, psicológica y física, sin perjuicio de constituir ello un socavamiento de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”. Cfr. AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. *Derechos Fundamentales - Derechos Humanos ¿una distinción válida en el siglo XXI?* En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, Año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010. Págs. 15-71. Disponible en: <http://bit.ly/2cp9WR1> En sentido similar se pronunciaba el maestro mexicano Jorge Carpizo(†), cuando señalaba que las diferencias tradicionales entre ambos conceptos, ya no son sostenibles, debido a: la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el constitucionalismo internacionalizado y las nuevas tendencias del derecho constitucional; dado que el fundamento y base de unos como de otros, aun si no se admite su identificación, es la misma: la dignidad humana. Cfr. CARPIZO, Jorge. *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características*. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional “Cuestiones Constitucionales”. N°25, julio-diciembre 2011. Págs. 3-29. Disponible en: <http://bit.ly/2cy8uJW>

76 Una aproximación a la naturaleza y alcance de las funciones que desarrolla la Defensoría del Pueblo en el Estado Plurinacional de Bolivia, a la luz de las normas previstas por la CPE aprobada el año 2009, se puede ver en el trabajo de mi autoría:



- Fortalecimiento de los gobiernos locales autónomos como unidades básicas del desarrollo sostenible sobre la base de la planificación participativa y el control social;
- Seguridad jurídica y fortalecimiento del orden constitucional reformando la estructura del entonces Poder Judicial (actual Órgano Judicial), mediante la creación del Tribunal Constitucional como máximo intérprete jurisdiccional de la Constitución, asignándole la función del control concentrado de constitucionalidad<sup>77</sup>.

A ello se debe agregar, que dicha reforma constitucional indudablemente se constituye en un hecho trascendental con una importancia histórica sin precedentes dentro de la evolución del sistema constitucional boliviano, puesto que en aquella oportunidad, y por vez primera en la historia republicana del país, se reformó la Ley Fundamental dando cumplimiento a los mecanismos y procedimientos especialmente previstos al efecto por la propia Constitución, vale decir, que se aprobó, sancionó y promulgó la Ley de Reforma Constitucional en observancia de las normas previstas por los artículos 230 al 232 del texto constitucional vigente en esa época.

Ahora bien, revisando los antecedentes de creación de esta institución –y según nos recuerda el ex Magistrado René Baldivieso Guzmán–, la idea de crear un Tribunal Constitucional resultó polémica en Bolivia, ya que diferentes instituciones cívicas, políticas, forenses,

<sup>77</sup> "El Defensor de los Derechos Humanos en Bolivia y un informe censurado". La Paz, Bolivia, 10 de diciembre de 2011, escrito en conmemoración al 63° Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948 – 2011). (La Gaceta Jurídica, 16/12/2011). Una versión digital del texto, se encuentra disponible en Scribd: <http://es.scribd.com/doc/75218489>

<sup>77</sup> RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Reforma Constitucional en Democracia*. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (editor). *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*. Santa Cruz, Bolivia: Editorial El País, 2002. Págs. 5-8.

académicas y otras representativas de la opinión pública, recibieron con algún escepticismo la iniciativa. Inclusive los órganos jerárquicos del entonces Poder Judicial (actual Órgano Judicial) sumaron su disidencia y protesta por la creación del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en un documento emitido por la Corte Suprema de Justicia en fecha 29 de marzo de 1993, se sostuvo que:

*"(...) Significaría en los hechos, un inaudito atentado contra el régimen de la juridicidad puesto que la Corte Suprema quedaría reducida, en su función específica, a una rutinaria labor de tribunal de casación o para la solución de los recursos de nulidad en los trámites ordinarios, olvidando que la Corte Suprema no es sólo el más alto Tribunal de Justicia de la República, sino el custodio de la moral pública que debe proteger a la sociedad de los abusos del poder, el respeto a la ley y el imperio del Derecho.*

*No deja de llamar la atención en este documento -agrega Baldivieso- que se haga referencia a una rutinaria labor de tribunal de casación, siendo así que esa labor jurisdiccional del más alto tribunal en materia de justicia ordinaria implica, por el contrario, el estudio meditado y responsable de cada caso para sentar una jurisprudencia que no puede ser producto precisamente de la rutina, sino de interpretaciones creativas de la ley"*<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> BALDIVIESO GUZMAN, René. *Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*. Santa Cruz, Bolivia: Industrias Gráficas Sirena, 2006. Págs. 29-30. Algunos argumentos que sustentan la posición adoptada por la entonces Corte Suprema de Justicia oponiéndose a la incorporación de un Tribunal Constitucional en Bolivia, pueden verse en: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Bolivia hacia una Reforma Constitucional. Debate Nacional sobre la Reforma a la Constitución Política del Estado*. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial, 1993.



De ahí que la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia no fue fácil, pues tuvo que enfrentar muchos obstáculos como la reacción de oposición cerrada e irracional de la entonces Corte Suprema de Justicia, así como algún sector del foro de Abogados, llegando inclusive a considerar como un “Golpe de Estado” la propuesta de su creación como organismo independiente de los demás órganos de poder, lo que inevitablemente dio lugar a que su configuración institucional en la Constitución no fuera óptima, y con el tiempo, se constituyó en uno de los factores que debilitó la eficacia de sus actividades<sup>79</sup>.

Sin embargo, la oposición radical de la Corte Suprema y las críticas “doctrinales” opositoras a la creación de un Tribunal Constitucional como un órgano de control constitucional independiente de los demás órganos de poder, nunca tuvieron asidero jurídico válido; en su lugar, el legislador constituyente, a través de la Reforma Constitucional del año 1994, y considerando la importancia de la creación del nuevo órgano de control de constitucionalidad, así como la necesidad de promover la defensa de los derechos humanos en el país, creó el Tribunal Constitucional –que comenzó a ejercer sus funciones jurisdiccionales en el mes de junio de 1999<sup>80</sup>–, incorporándolo como parte constitutiva del entonces

79 Ciertamente, las críticas y la oposición llegaron al extremo de calificar la decisión del legislativo como un Golpe de Estado, dando lugar a que el constitucionalista español Francisco Fernández Segado, en su trabajo sobre “La Jurisdicción Constitucional en Bolivia”, expresara la siguiente opinión: “de modo realmente absurdo y disparatado, llegaba a advertir que con la constitucionalización del Tribunal se estaría vulnerando flagrantemente toda la estructura constitucional a través de un verdadero golpe de Estado con el objeto indisimulado de dividir la autoridad de la Magistratura Suprema”. Cfr. RIVERA SANTIVÁNEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional: una década transitando un sendero con obstáculos*. Págs. 47-48.

80 En el solemne acto de inicio de las labores jurisdiccionales, el ex Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky(+), afirmó enfáticamente: “El Tribunal hablará a través de sus fallos y no hará declaraciones que no sean constitucionales. Estará atento a las inquietudes políticas y sociales que tengan relación con su labor, pero no aceptará presiones interesadas ni críticas subjetivas. Se colocará por encima de las pasiones, de las rencillas parroquiales y de los intereses subalternos. Será austero y discreto; pero reclamará el sitio que corresponde a la dignidad de la Constitución. A la legalidad de su elección tratará de agregar la

denominado “Poder Judicial”, vale decir, como uno de sus órganos jurisdiccionales especializados, encargado de realizar el control de constitucionalidad, debiendo ejercer dicho control sobre todos los actos, resoluciones y decisiones de los demás órganos de poder, con independencia de cualquier otra autoridad estatal, en su labor

*legitimidad de su actuación, para merecer la confianza de las sociedades política y civil, requisito indispensable para cualquier obra de trascendencia nacional. Puesto que tenemos una misión muy alta que cumplir, nos revestiremos con la humildad del misionero; pero seremos inflexibles en el cumplimiento del deber. Y como esta misión será ardua y compleja, es posible que nos equivoquemos; pero no nos desviaremos. En otras palabras: puede que no seamos infalibles; pero seremos insospechables”; y es que, ciertamente, la labor que desarrolla el Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional) en Bolivia, demanda en todo tiempo, de esa magnitud de probidad en sus Magistrados. Cfr. Discurso del señor Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Pablo Dermizaky Peredo (Mayo 31, Salón del Senado de la Casa de la Libertad). En: PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Labores Judiciales 1999*. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial, 2000. Págs. 181-187. Estas ideas, traen a la memoria las sabias palabras del Justice Jackson en el caso *Brown v. Allen*, de 1953 (344 U.S. 443, 540), cuando afirmaba: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”, en otras palabras: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra”, lo que significa que el juez constitucional, ciertamente se constituye en la última autoridad en señalar el sentido y alcance de la Constitución, vale decir, el último en decir la verdad que la Constitución guarda en sus mandatos. En el mismo sentido se pronuncia el jurista Gerardo Eto Cruz, cuando a tiempo de analizar las tensiones entre Poder Judicial versus Tribunal Constitucional, señala que: “en materia de interpretación constitucional entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, si bien el primus inter pares es este último, lo es no porque sea “infallible”, sino porque resulta ser la última instancia, dentro de la jurisdicción doméstica o interna y porque los fallos denegatorios del Poder Judicial son decididos en última instancia por el Colegiado Constitucional”. Cfr. ETO CRUZ, Gerardo. *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional en Perú*. En: Revista Jurídica Cajamarca (Artículo disponible en: <http://bit.ly/2bseGCS>). En definitiva, coincidimos con Nogueira Alcalá, en que el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, “lo que es así también en el plano de América del Sur, ya que en los casos en que se posibilita por los respectivos ordenamientos constitucionales el establecimiento de leyes interpretativas de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la atribución para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales leyes, como ocurre, por ejemplo, con las Constituciones de Chile y Ecuador. Las decisiones de los tribunales constitucionales no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*. En: Revista Ius et Praxis Año 10 No 1: 113 - 158, 2004 (Artículo disponible en: <http://bit.ly/2be3V8G>)*



jurisdiccional, es decir, colocado fuera del alcance de los poderes públicos cuyos actos controla, estando sometido solamente a la Constitución.

Por otro lado, en cuanto se refiere al modelo de control de constitucionalidad vigente, cabe hacer notar que, en opinión de algunos autores, el sistema de control de constitucionalidad adoptado por el Estado boliviano en la reforma constitucional efectuada el año 1994 (y que se mantuvo en la reforma del año 2004) no era en esencia un sistema de control concentrado puro, sino por el contrario, un sistema en el que concurrían los elementos del modelo *americano* como también del  *europeo*<sup>81</sup>; sin embargo, interpretando el verdadero alcance de las normas que consagran el sistema de control de constitucionalidad que nació en la citada reforma constitucional de 1994, vale decir, de las competencias que la Constitución le asignaba al reciente Tribunal Constitucional, se extrae con toda claridad que el legislador constituyente, le encomendó a éste órgano jurisdiccional, las tres funciones esenciales que el control de constitucionalidad representa: 1) *el control normativo de constitucionalidad*, 2) *el control de los límites del ejercicio del poder político*, 3) *el control sobre la salvaguarda de los derechos y garantías*; debiendo considerarse que la idea que subyace al modelo de control concentrado de constitucionalidad que nació en la reforma de

1994<sup>82</sup>, fue confirmada en la Ley de desarrollo constitucional, esto es, la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional (LTC), que estableció como fines de este Tribunal, 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 constitucionalidad de las convenciones y tratados (artículo 1.II), disponiendo expresamente en su artículo 44, que: “*Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales*”; en consecuencia, todos los tribunales, jueces y autoridades públicas, estaban obligados por Ley, a aplicar en sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional (artículo 4). Dichas normas estuvieron plenamente vigentes en Bolivia, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N°27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley del TCP).

81 En este sentido se ha pronunciado el ex Magistrado del Tribunal Constitucional, José Antonio Rivera Santivañez, quien desarrollaba su tesis sosteniendo que: “por un lado, a través de la referida reforma constitucional (de 1994), se ha creado el Tribunal Constitucional como el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad y máximo intérprete de la Constitución, lo que encuadra el sistema adoptado en el modelo europeo. Pero por otra parte, el Constituyente no modificó el texto del artículo 228 de la Constitución reformada, por cuyo mandato los tribunales y jueces, al revolver un caso concreto dentro de un proceso judicial, tienen la obligación de no aplicar las disposiciones legales que sean contradictorias o incompatibles con las normas previstas en la Constitución, lo cual constituye un acto de control de constitucionalidad y se encuadra en el modelo americano del ‘judicial review’ o revisión judicial”. RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *Recurso de Inconstitucionalidad en Bolivia*. En: VEGA GOMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (Coords.). *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Págs. 583-603. Disponible en: <https://bit.ly/2Gd0hOJ>

82 Se debe recordar que inicialmente, el profesor Jorge Asbun, en su estudio dedicado a analizar la evolución y perspectivas del Control Constitucional en Bolivia, afirmó de manera inequívoca que: “*En Bolivia, la reforma de 1994, incorporó a la Constitución a través de los artículos 116 y siguientes el modelo de control concentrado de constitucionalidad, encargando al Tribunal Constitucional, mediante el artículo 119, las siguientes atribuciones: control de constitucionalidad, defensa de los derechos fundamentales, conflictos de competencia interorgánicas y demandas respecto a procedimientos de reforma constitucional*”. ASBUN, Jorge. *Control Constitucional en Bolivia. Evolución y Perspectivas*. En: Revista Constitucional. Número 3. Sucre, Bolivia: Editorial Judicial, 1999, Págs. 149-150. Años más tarde, estas ideas serían confirmadas por autores internacionales estudiosos de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica; así por ejemplo, el profesor chileno Humberto Nogueira llegó a afirmar que “en Bolivia existe un sistema de control constitucional centralizado en un único órgano especializado, integrado por letrados, con un ámbito amplio de competencias, que ejerce dicha jurisdicción con plena independencia de todo otro órgano, tanto respecto de normas como de actos inconstitucionales, por vía de acción y de excepción, teniendo sus sentencias efectos de cosa juzgada, sin existencia de recurso ulterior. Existe así en Bolivia un auténtico Tribunal Constitucional”. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del Siglo XXI*. Pág. 129.



## 2.4. La configuración actual del Sistema de Control de Constitucionalidad en Bolivia

Actualmente, y según la norma prevista por el artículo 179, parágrafo III de la Constitución Política del Estado aprobada el año 2009, la justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)<sup>83</sup>, órgano jurisdiccional que

83 De manera tentativa, se puede definir al *Tribunal Constitucional Plurinacional* como el órgano especializado de la jurisdicción constitucional, creado con la exclusiva finalidad de administrar justicia constitucional a través del control *concentrado y plural* de constitucionalidad de las leyes y de los actos provenientes de los Órganos del Estado Plurinacional de Bolivia, para resguardar la supremacía de la Constitución, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. A este efecto, debe conocer y resolver todos los conflictos jurídico-constitucionales, que se manifiesten en una triple dimensión: *a) normativa*, en los casos en que se produzca la incompatibilidad de una disposición legal ordinaria (sean Leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, Decretos y todo género de Resoluciones no judiciales), frente a las normas (axiológicas, dogmáticas y/u orgánicas) previstas por la Constitución; *b) competencial*, en los casos en que se llegue a desconocer el principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, para poner fin a los eventuales conflictos de competencia que llegaren a suscitarse entre los diferentes órganos del poder público y/o niveles de gobierno, o bien, cuando se desconozcan los derechos de las minorías imponiendo decisiones contrarias a la Constitución, y; *c) tutelar*, en situaciones en que el poder público –o un eventual poder particular– vulnere ilegalmente, por acción u omisión, los derechos fundamentales consagrados por la Ley Fundamental y/o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad. Cfr. RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *El papel de los Tribunales Constitucionales en la Democracia*. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. X Seminario Internacional: *Justicia Constitucional en el Siglo XXI*. Memoria N° 11. Sucre, Bolivia: Imprenta IMAG, 2008. Pág. 240. Con una visión mucho más integral y basada en el Derecho Comparado, el profesor chileno Nogueira Alcalá, conceptualiza los Tribunales Constitucionales “como 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 como núcleo esencial 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”. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *La independencia y responsabilidad del Juez Constitucional en el Derecho Constitucional Comparado*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. N° 1. México: Editorial Porrúa, Enero-Junio 2004. Págs. 61-91. Es importante resaltar que recientemente, la voz: “*Tribunal Constitucional Plurinacional*”, ha sido incluida en el Diccionario de

por mandato del artículo 196 del mismo texto constitucional, debe velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

En virtud de lo dispuesto por las referidas normas constitucionales, Rivera Santivañez indica que es posible inferir que el Constituyente ha decidido mantener el modelo concentrado (europeo – kelseniano) de control de constitucionalidad, encomendando dicha labor a un organismo especializado cual es el Tribunal Constitucional Plurinacional, aunque con algunos rasgos del modelo americano de “revisión judicial”; “(...) *empero, ha introducido importantes reformas a la estructura institucional del mencionado órgano de control de constitucionalidad, al ámbito de sus funciones y atribuciones, asimismo a la configuración procesal de los procesos constitucionales que debe conocer y resolver; reformas que en el futuro podrían anular el control de constitucionalidad y, en su caso, permitir se instrumentalice la Justicia Constitucional para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico del poder político*”<sup>84</sup>.

En efecto, dicho autor sostiene su tesis señalando 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 infraconstitucionales que sean incompatibles con la Constitución, por contradecir e infringir sus preceptos; empero, 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

Derecho Procesal Constitucional, en donde se describe su naturaleza, estructura, organización y funciones, de acuerdo al marco constitucional y legal que regula dicha institución. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otros (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo II. México: Poder Judicial de la Federación – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. Págs. 1217-1220.

84 RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *El Nuevo Sistema Constitucional del Estado Boliviano*. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. *Estudios sobre la Constitución aprobada en enero de 2009*. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2009. Pág. 43.



del poder político, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio de esa función, a través del conocimiento y resolución de las acciones de conflictos de competencia; sin embargo, en el ámbito de control tutelar de los derechos fundamentales, la labor es realizada por los jueces y tribunales de garantías constitucionales en primera instancia, y el Tribunal Constitucional Plurinacional interviene posteriormente, conociendo y resolviendo las acciones tutelares en grado de revisión de oficio<sup>85</sup>.

Asimismo, Rivera Santiváñez señala que uno de los fundamentos para sostener la tesis de que el modelo adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia es el europeo – kelseniano, con resabios del modelo americano de control de constitucionalidad, lo que equivale a un *sistema de control mixto*<sup>86</sup>, se encuentra en las normas previstas por el artículo 410, parágrafos I y II de la Constitución, por cuyo mandato, todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; entonces, *“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”*.

85 Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia*. En: BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (editores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela (2009)*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2010. Págs. 33-42. Disponible en: <http://bit.ly/2cfpvIO>

86 Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado Boliviano*. En: BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y MORALES, Antoniazzi (Coords.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo I. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. Págs. 645-679.

Según el citado autor, el modelo adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia, no es un modelo puro, sino que mantiene los resabios del modelo americano, conocido clásicamente como el modelo de control jurisdiccional difuso, porque las normas previstas por el artículo 410 de la Constitución, al proclamar el principio de la supremacía constitucional y el principio de la jerarquía normativa, implícitamente faculta a los jueces y tribunales a inaplicar la ley, decreto o resolución cuyas normas sean contrarias a la Constitución.

*“Por consiguiente –concluye Rivera Santiváñez–, 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 aquellos casos en los que tenga duda y no certeza, o pretenda que la disposición legal sea anulada a través de una sentencia constitucional con efecto erga omnes, deberá promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad”<sup>87</sup>.*

87 Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*. Tercera Edición actualizada con la Constitución y la Ley N°27. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2011. Págs. 130-131. En sentido similar se pronuncia el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, quien luego de visibilizar algunas “ventanas” para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas en Bolivia, concluye señalando que: *“En el caso boliviano, la nueva constitución de 2008/9 parece inclinarse hacia un sistema de control concentrado, es decir, no difuso, monopolizado por el Tribunal Constitucional. No obstante, existen algunos párrafos constitucionales, y el art. 15 de la Ley del Órgano Judicial, que abonan la posibilidad de un cierto control difuso o desconcentrado. El tema es complejo y opinable, y será bueno que resulte definido prontamente por el Tribunal Constitucional Plurinacional”*. Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. *El Control Difuso de Constitucionalidad. Su proyección en Bolivia*. En: PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO A LA CONCERTACIÓN Y AL ESTADO DE DERECHO (GTZ) – VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (editores). *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Memoria de la Conferencia Internacional. La Paz, Bolivia: Editora PRESENCIA, 2010. Págs. 51-62. No obstante, compartimos el criterio del profesor Jorge Asbun, cuando aclara que en el caso boliviano, se instituyó un Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional), al cual se le atribuyó la potestad para proteger la Constitución, y cuyos pronunciamientos tienen calidad de cosa juzgada; *“(…) Esto no constituye un obstáculo para que Jueces y Tribunales Departamentales conozcan las Acciones de Defensa como la Acción de Amparo, Acción de Libertad y otras; e incluso, de que sus resoluciones deban ser cumplidas inmediatamente (artículo 40.I del Código Procesal Constitucional) o que inicialmente resuelvan conflictos de competencia (artículo 102 del Código Procesal Constitucional) o que dependa de ellos promover o no la acción de*



Esta postura, ciertamente concuerda en alguna medida con la posición adoptada por el jurista español Fernández Segado<sup>88</sup>, cuando señala que una opinión doctrinal muy generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos; vale decir, que actualmente ya no es posible hallar modelos “puros” de control de constitucionalidad adoptados en los países de Iberoamérica, no pudiendo señalarse que en determinado país predomine sólo el modelo difuso o impere únicamente el modelo concentrado de control de constitucionalidad, dado que la tendencia actual en el mundo contemporáneo, respecto al control jurisdiccional de las leyes y su funcionamiento, revela que ambos modelos se hallan en vías de llegar a su progresiva unificación, sin perjuicio de los mecanismos propios de justicia constitucional que se han configurado en varios países de Latinoamérica.

No obstante lo anterior, se considera necesario aclarar que la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley del TCP), ciertamente mantiene en su contenido algunas normas que llegan a sustentar el control concentrado de constitucionalidad en Bolivia, de acuerdo a lo siguiente:

El artículo 109 de la Ley del TCP, establecía 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* (norma derogada por el Código Procesal

inconstitucionalidad concreta (artículo 80.II del Código Procesal Constitucional). Pero, a partir de allí, no puede afirmarse de manera alguna que el modelo boliviano sea mixto y tampoco que sea difuso, porque en este caso los pronunciamientos de jueces y tribunales departamentales no causan estado, solamente tienden a proteger de forma pronta a los ciudadanos”. ASBUN, Jorge. “¿Es posible un control difuso de constitucionalidad?” (La Gaceta Jurídica, 14/10/2014). Disponible en: <http://bit.ly/2cs7E3D>

88 Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La progresiva convergencia entre los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Serie Estudios Jurídicos N°64. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Disponible en: <https://bit.ly/3cDc19x>

Constitucional, que en su artículo 73, numeral 2, contiene similar previsión), debiendo ser promovida la acción de inconstitucionalidad, por el juez<sup>89</sup>, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, de acuerdo a lo previsto por el artículo 79 del mencionado Código.

Lo referido anteriormente, determina claramente que ningún juez, tribunal u órgano administrativo está autorizado para inaplicar norma jurídica alguna, dado que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma del ordenamiento a ser aplicada al caso concreto que ha de resolver, debe promover inmediatamente el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, y éste entendimiento interpretativo concuerda plenamente con lo establecido en el artículo 5 de la misma Ley del

89 En este sentido el Auto Constitucional N°0062/2012-CA de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional estableció que todo juez al que se le solicite promueva un incidente de inconstitucionalidad, debe: “(...) 1. Admitir el incidente mediante auto motivado, cuando considere que efectivamente existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma porque no admite ninguna interpretación constitucionalmente adecuada (...) 2. Rechazar el incidente mediante auto motivado cuando considere que no existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma porque admite al menos una interpretación constitucionalmente adecuada; vale decir, entiende que la ley es constitucional porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución”; entendiendo dicho Auto Constitucional, que si un juez rechaza un incidente de inconstitucionalidad por encontrar que la norma impugnada admite al menos una interpretación constitucional independientemente a la revisión que efectúe al Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional debe: “...aplicar la norma que considera constitucional con los fundamentos de interpretación que asumió en la resolución de rechazo...”, pues no puede ser incongruente entre el argumento que sostuvo a tiempo de rechazar el incidente de inconstitucionalidad y la resolución de fondo de la problemática. Este precedente, es citado por el profesor Boris Arias, en su trabajo sobre: “El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia”, en donde advierte la coexistencia de elementos que hacen al modelo difuso de control de constitucionalidad con el modelo concentrado de control de constitucionalidad en Bolivia, lo que puede evidenciarse –según el autor– “cuando se considera que todo juez ordinario frente a una ley que juzgue inconstitucional está obligado de oficio a promover el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional facultad que implica un previo control de constitucionalidad por parte del juez ordinario, pues solo puede promover la Acción de Inconstitucionalidad Concreta previo análisis provisional de la constitucionalidad de la norma impugnada”. Cfr. ARIAS LOPEZ, Boris. *El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N° 21. México: Editorial Porrúa, Enero-Junio 2014. Págs. 3-15.



TCP, cuando establece que *se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad.*

Como se puede ver, la norma de desarrollo constitucional reconoce que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su calidad de máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, es el único órgano autorizado para inaplicar normas o dejar sin efecto los actos de los órganos del Estado cuando éstos se hallaren en abierta contradicción con los principios y valores constitucionales, todo lo cual es plenamente incompatible con un sistema de control “difuso”<sup>90</sup>; razón por la cual, si bien es respetable la posición del profesor Rivera Santivañez, no es posible compartirla plenamente.

A lo indicado, debe agregarse que la misma Constitución boliviana aprobada el año 2009, consagra como atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional, absolver *las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley*, en cuyo caso la decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.

90 A su vez, este criterio concuerda plenamente con la posición adoptada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, en donde a raíz de algunas cuestiones formuladas por la Secretaría Permanente a los Magistrados de los países asistentes al evento, y en relación a si el control jurisdiccional de la Constitución es concentrado, difuso o mixto, se estableció que: “*Los modelos de control constitucional se pueden dividir en dos grandes grupos: (i) puramente concentrado y (ii) mixto, y estos, a su vez, pueden ser, tanto en uno como en otro, a priori y a posteriori. Entre los países que enviaron sus respuestas, ninguno posee un sistema de justicia constitucional exclusivamente difuso. Dentro de los que su sistema de justicia constitucional es puramente concentrado se encuentran Bolivia, Costa Rica, Chile, Perú, Paraguay, Andorra y Panamá. En Bolivia, la competencia del control de la constitucionalidad recae sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional, y «no existe previsión normativa que autorice a jueces o autoridades administrativas a inaplicar una norma que se considere inconstitucional». En caso de que en el curso de un proceso judicial se plantee la inaplicación de una norma por vicios de inconstitucionalidad, la autoridad juzgadora deberá promover la acción ante el Tribunal Constitucional Plurinacional para que sea este el que resuelva la cuestión*”. Cfr. X CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: “*Normatividad y Supremacía Jurídica de la Constitución*” (Santo Domingo, 12-15 de marzo de 2014). Disponible en: <http://bit.ly/2bnOk4K>

A su vez, tiene la atribución de absolver inclusive *las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicables a un caso concreto*, y en consecuencia, la decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria, lo que corrobora el entendimiento interpretativo expuesto, de que la misma Constitución como Ley Fundamental del ordenamiento jurídico, encomienda el control de constitucionalidad de manera exclusiva al nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>91</sup>.

91 Este análisis normativo, se basa en el razonamiento expuesto por el ex Magistrado Decano del Tribunal Constitucional, Dr. Willman R. Durán Ribera(†), en su interesante trabajo sobre: *El Sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia*, tema ampliamente analizado y presentado en el Seminario Internacional sobre Justicia Constitucional y Estado de Derecho. Cfr. VI SEMINARIO INTERNACIONAL: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, (Sucre, 26 y 27 de junio de 2003). Memoria N° 7. Sucre, Bolivia: Editorial Tupac Katari, 2003. Págs. 187-202. En una similar posición doctrinal, respecto del sistema de control de constitucionalidad en Bolivia, se pronunció el ex Magistrado René Baldivieso Guzmán, en su obra sobre *Derecho Procesal Constitucional*, en cuya oportunidad señaló: “La nota destacable está en que hay una diferencia en cuanto a los efectos de la jurisprudencia ordinaria con la constitucional, pues la primera si bien constituye fuente valiosa de orientación para que jueces y tribunales tomen decisiones invocando la jurisprudencia de la Corte Suprema, no es obligatoria. En cambio, la jurisprudencia constitucional resulta obligatoria de acuerdo con el art. 44 de la Ley (N° 1836) del Tribunal Constitucional, en cuyo parágrafo I se dice: Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales. Este carácter vinculante tiene su razón de ser, pues Bolivia ha adoptado la forma de control concentrado de constitucionalidad, o sea el modelo europeo. Ni siquiera podría calificarse como una modalidad de control mixto como lo hacen algunos distinguidos juristas del exterior. Sin embargo, el contexto configurado por la normativa constitucional y la ley específica abona por este criterio. Efectivamente, cuando el artículo 116-IV (de la Constitución de 1994) nos dice que: el control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional, sin que su texto sugiera la posibilidad remota alguna de que podría darse un control mixto o difuso, está sentando la base constitucional de un control concentrado. Igual sentido tiene el artículo 121-I de la Constitución, pues consagra la irrevisabilidad de las sentencias dictadas por el Tribunal a tiempo de disponer: contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno, lo que puede darse en la justicia ordinaria a través de procesos de revisión, aún tratándose de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, en la forma que indica la legislación ordinaria. No puede, en consecuencia, existir un control mixto, ni menos difuso de constitucionalidad porque esa función está exclusivamente encomendada al Tribunal”. BALDIVIESO GUZMAN, René. *Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*. Págs. 147-149.



En definitiva, y de acuerdo a su configuración constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido instituido como el *máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*<sup>92</sup>, con la cualidad adicional de defensor de los Derechos Fundamentales, y por lo mismo, tiene como funciones principales: *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*, garantizando así 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 (artículo 196.I CPE).

## 2.5. El reciente desarrollo jurisprudencial sobre el Sistema de Control Plural de Constitucionalidad en Bolivia

Para verificar la transformación que se está produciendo en el sistema de control de constitucionalidad boliviano, cabe señalar que como consecuencia de la aprobación de la Constitución Política del Estado en el año 2009, se ha refundado el Estado boliviano, al abrigo de un modelo constitucional basado en el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, marcando así

<sup>92</sup> El Tribunal Constitucional de Bolivia, se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, y se encarga de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, así se infiere 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. (...)”. RIVERA SANTIVÁNEZ, José Antonio. *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Págs. 58-59.

la era de la “*generación del constitucionalismo boliviano*” con rasgos y particularidades específicas que lo caracterizan y diferencian de los demás modelos constitucionales, especialmente de aquellos con raíces en el constitucionalismo europeo.

Es así que se ha llegado a configurar un *sistema plural de control de constitucionalidad*, con bases notorias en el sistema jurisdiccional concentrado de control constitucional, que estuvo vigente hasta antes de la aprobación del nuevo texto constitucional; empero, esta vez, se agrega un componente *plural* (por el reconocimiento de la estructura societal) e *inclusivo* (acorde al principio de igualdad y no discriminación), cuyo objetivo es precisamente asegurar la vigencia del pluralismo como elemento fundante del Estado y también con la finalidad de garantizar a través de la interpretación constitucional, el modelo de constitucionalismo fuerte basado en la justicia e igualdad.

### 2.5.1. Configuración normativa del órgano encargado del control

El sistema jurisdiccional plural de control de constitucionalidad se caracteriza por contener elementos del sistema concentrado de control de constitucionalidad, pero además se inspira en los postulados del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, como factores de definición del modelo de Estado.

En ese marco, y de acuerdo a lo señalado precedentemente, haciendo una radiografía del sistema se puede señalar que el mismo está diseñado, en un análisis vertical, por tres compartimentos específicos: i) la base del sistema está compuesta por las autoridades jurisdiccionales, las autoridades administrativas, las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOCs) y los particulares, quienes son los primeros garantes del bloque de constitucionalidad y de los derechos fundamentales; ii) el compartimento intermedio que comprende a los jueces y tribunales de garantías constitucionales que conocen y resuelven las acciones tutelares; y, iii) el compartimento superior que alberga al último y máximo garante del bloque de constitucionalidad y de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional Plurinacional.



En efecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra en la cúspide del Sistema Jurisdiccional Plural de Control de Constitucionalidad, y se configura como el último y máximo garante tanto del bloque de constitucionalidad como de los derechos fundamentales. Sus roles y diseño, debe consolidar una materialización no solamente de la Constitución como texto escrito, sino esencialmente de los valores plurales supremos para consolidar así el *Vivir Bien*; pero además, en base a los antecedentes y presupuestos de la refundación del Estado, una de sus tareas consiste en asegurar los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, materializando así el *corpus iure de derechos de los pueblos indígenas* descritos y contextualizados a los ideales y procesos de *restitución, igualdad y reconstitución*, todo en el marco de una convivencia armónica y equilibrada al interior de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre estos y en relación a toda la sociedad en su conjunto.

Es importante que este diseño sea analizado en base a un elemento esencial: su *composición plural*, para asegurar así una interpretación que consagre la interculturalidad plural que, en términos de descolonización, se plasmen procesos constitucionales interculturales para una real materialización del bloque de constitucionalidad.

En la normativa, el artículo 196 de la Constitución de 2009, crea el Tribunal Constitucional Plurinacional, con el rol descrito en su numeral primero, por lo que, de acuerdo al mandato emanado de la función constituyente, esta instancia vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

El artículo 197 de la Constitución, disciplina la organización del Tribunal Constitucional Plurinacional, estableciendo en el primer párrafo que los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional, serán electos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Además, el art. 198 de la Constitución, señala

que las magistradas y magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, se elegirán mediante sufragio universal.

Asimismo, es necesario señalar que de acuerdo al artículo 199 del texto constitucional, como puntuación adicional para la calificación de méritos de los aspirantes a magistrados y magistradas, se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. Además, el numeral segundo del referido artículo, establece que los candidatos podrán ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Por su parte, la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, de fecha 6 de julio de 2010, que regula la estructura y organización del máximo contralor de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia, inicialmente establecía en su artículo 13 numeral 1, que esta instancia estaría conformada por siete magistradas y magistrados titulares y siete magistradas y magistrados suplentes. Sin embargo, dicha disposición fue modificada posteriormente por Ley N° 929 de fecha 27 de abril de 2017, en virtud de la cual se ha dispuesto ampliar el número de miembros del Tribunal, estableciendo expresamente que: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado por nueve (9) Magistradas y Magistrados titulares y nueve (9) Magistradas y Magistrados suplentes”; a cuyo efecto, la misma Ley dispone que la Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de cuatro postulantes para cada departamento, en dos listas separadas de mujeres y hombres. Finalmente, se ha previsto también que: “La Asamblea Legislativa Plurinacional garantizará que el cincuenta por ciento (50%) de las personas preseleccionadas sean mujeres y al menos una persona de origen indígena originario campesino, por auto identificación personal”, modificando de esta manera el artículo 19 párrafo III de la citada Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, y privilegiando la equidad de género en el acceso a la función judicial.

Ahora bien, la referencia normativa antes citada es importante toda vez que la real materialización del bloque de constitucionalidad, en



el marco de la visión del modelo de Estado boliviano, encontrará razón de ser en un aspecto esencial: la composición plural, es decir que los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional, no solamente deben tener una visión de la justicia construida desde *occidente*, sino también de aquella que emana de las normas y procedimientos ancestrales de las naciones y pueblos indígena originario campesino, para que a través de una interpretación intercultural de las problemáticas a ser conocidas, opere el principio de complementariedad a través de una interculturalidad plural que irradiará todo el ordenamiento jurídico en el Estado Plurinacional de Bolivia.

### 2.5.2. Desarrollo Jurisprudencial del modelo plural de control constitucional

Acerca del control plural de constitucionalidad diseñado en la Constitución Política del Estado aprobada el año 2009, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el reconocimiento transversal de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, abarca también al campo jurídico, pues existe un reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario que deriva del reconocimiento constitucional de la igual jerarquía de la jurisdicción indígena originaria campesina con la ordinaria (art. 179.II de la CPE) y del sistema jurídico ordinario con el sistema indígena originario campesino. Entonces, el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario parte de un dato real: la coexistencia dentro del territorio boliviano de diferentes sistemas jurídicos, que tienen sus propias normas, instituciones, autoridades encargadas de administrar justicia y procedimientos para la resolución de sus conflictos, que tiene como base valores, principios y lógicas distintas a la occidental.

La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al artículo 179 de la CPE, forma parte del Órgano Judicial, haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (art. 30.II.5 de la CPE) y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía

que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

No obstante lo señalado, la jurisdicción indígena originaria campesina, al igual que las demás jurisdicciones, se encuentra limitada por el respeto de los derechos fundamentales a la vida, a la defensa, y demás derechos y garantías establecidas por la Norma Fundamental (art. 190.II de la CPE), debiendo añadirse, además, a los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conforme a ello, la Constitución Política del Estado, sobre la base del carácter plurinacional del Estado y el principio de interculturalidad, ha diseñado la justicia constitucional a través del Tribunal Constitucional Plurinacional, como la institución encargada de ejercer el control constitucional sobre la actividad de todas las jurisdicciones y, en general sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se estable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia: el ordinario y el indígena originario campesino.

En ese ámbito, el *pluralismo jurídico* cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); así como el *principio de unidad* de la función judicial (art. 179 de la CPE), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común, el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales, y la obediencia a la Constitución Política del Estado, encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías



como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades, están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano.

En ese sentido, debe señalarse que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígenas originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; pero además debe considerarse que la Ley Fundamental fue el resultado de un proceso dialógico en el que intervinieron los diferentes sectores de la población boliviana y, claro está, también las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que tuvieron un rol protagónico para la consolidación del Estado Plurinacional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce el control de constitucionalidad de manera plural en tres dimensiones:

1) *Control del respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales o ámbito tutelar:* A través de éste se verifican si las autoridades, funcionarios públicos o particulares, amenazaron con lesionar o lesionaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Este control comprende a las *acciones de defensa:* de libertad, de amparo constitucional, de protección a la privacidad, de cumplimiento y popular. También se encuentra dentro de este ámbito de control el *recurso contra resoluciones de la asamblea legislativa plurinacional*, que afecten a uno o más derechos; sin embargo, en este caso el recurso se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

2) *Control de competencias:* Dentro de este ámbito de protección, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá: a) Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; b) Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre éstas; c) El recurso directo de nulidad; y, d) Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

3) *Control normativo de constitucionalidad:* por el cual se verifican las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones constitucionales y de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. El control normativo de constitucionalidad es ejercido a través de diferentes acciones, siendo una de ellas la *acción de inconstitucionalidad*, que puede asumir la forma abstracta o concreta (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0300/2012, de fecha 18 de junio de 2012).

Cabe agregar, por otro lado, que las Sentencias Constitucionales Plurinacionales N°1227/2012 y N°2143/2012, entre otras, establecieron con claridad que *el Estado Plurinacional de Bolivia, adoptó a partir de la aprobación de la Constitución Política del Estado del año 2009, un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad.*

En efecto, de manera detallada, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2143/2012, de 8 de noviembre, para establecer el sistema de control de constitucionalidad imperante, desarrolló, las características tanto del sistema de control político de constitucionalidad como del sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad. El citado entendimiento señaló, que *a partir de la reforma constitucional de 1994, Bolivia adoptó un sistema preeminentemente concentrado de control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional*, el cual, ejerció roles preventivos y reparadores de control de constitucionalidad, cuyo ejercicio fue desarrollado orgánica y competencialmente por la Ley N°1836 de 1° de abril de 1998, denominada Ley del Tribunal Constitucional.



Asimismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional antes aludida, precisó también que luego de la "reforma constitucional de 2009" (sic), el Estado Plurinacional de Bolivia, adopta un *sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad*, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus Magistradas y Magistrados con composición plural y electos por sufragio popular.

### 3. CONCLUSIÓN

En el marco de lo señalado, se establece que el control plural de constitucionalidad, cuya máxima instancia está encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce todos los roles jurisprudenciales disciplinados en la parte orgánica de la Constitución, de manera específica en el art. 202.1 de la CPE, concordante con el art. 196.I de la Norma Suprema; por tanto, al existir una instancia imparcial, independiente y especializada en justicia plural constitucionalidad, se colige que *en el Estado Plurinacional de Bolivia, impera un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad*, instancia a la cual la función constituyente encomendó tanto el cuidado del bloque de constitucionalidad como el resguardo a los derechos fundamentales, en su faceta de derechos individuales o derechos con incidencia colectiva (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0778/2014, de fecha 21 de abril de 2014).

## LA LID CONSTITUCIONAL, UN CAMINO ENTRE EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ CONVENCIONAL



**Patricio Maraniello**

*En su experiencia profesional y jurídica, Patricio Maraniello agradeció con gentileza la invitación y la diversidad temática del magno evento; "...realmente, el Tribunal Constitucional tiene elementos muy particulares de Bolivia, que en Argentina se estudian y son en los cursos (que doy) de Derecho Constitucional que los cito constantemente como ejemplo. Con todas sus tareas y características son muy interesantes para la Ciencia Jurídica Constitucional de América y del mundo...", detalló hacia la comunidad de participantes.*

*Durante el abordaje de su temática, caracterizó la Lid Constitucional, un camino intermedio entre el Juez Constitucional y el Juez Convencional, situando los sistemas de control de constitucionalidad de orden difuso con rasgo completo, en el que se encuentra particularmente el orden jurídico argentino; tal cual explica Maraniello, sea atacada la norma -en forma individual-, incidental o genérica- por considerarse inconstitucional, esa facultad la poseen únicamente los jueces y no existe ninguna acción directa de constitucionalidad a presentarse ante el máximo tribunal u órgano de justicia de la nación argentina, con lo que quedará demostrado que el citado país contempla un control de constitucionalidad difuso con carácter completo.*



## 1. INTRODUCCIÓN

Para comenzar a desarrollar el tema *"La LID constitucional es un camino intermedio entre el juez constitucional y el juez convencional"*, primero debemos situarnos en el mapa de sistemas constitucionales de América donde advertiremos que solamente Argentina y Estados Unidos, con la salvedad de Canadá con sus características especiales, son los únicos países de toda América que tienen un control de constitucionalidad difuso completo porque si bien existe un control de constitucionalidad difuso, tanto en Brasil como en México, lo cierto es que tienen ciertas diferencias en lo que hace a la acción directa de constitucionalidad contra una norma, lo cual hace que no sea tan difuso el sistema bien y sea considerado un sistema difuso mixto o un concentrado mixto porque solamente puede dictaminar o resolver una acción directa de inconstitucionalidad con una norma el máximo tribunal de justicia, con lo cual hace esto una especie de concentración en los sistemas constitucionales, es decir, como vemos como hay una diferenciación.

En Argentina, a semejanza de Estados Unidos, existe un sistema difuso completo, como sea atacada la norma por considerarse inconstitucional, en forma individual, en forma incidental o en forma genérica, esa facultad la tienen todos los jueces y no hay ninguna acción directa de constitucionalidad ante el máximo Tribunal de Justicia de nuestro país, con lo cual ustedes pueden observar que todos los jueces sea de la materia que sea, laboral, penal, civil, tienen la potestad, la obligación, de establecer la inconstitucionalidad de las normas, pero también hay que considerar que en Argentina los sistemas difusos tienen un sistema que tiene la característica de descentralización del control de constitucionalidad porque es un sistema federal, por lo que también tienen esta facultad los jueces de los Estados que componen el Estado Federal, siempre teniendo en cuenta la constitución nacional y la constitución federal, los jueces de esas Provincias en el caso argentino, tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la norma.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

En Argentina existen diferentes sistemas, lo que nutre el análisis, se tienen tribunales constitucionales y judiciales que siguen un sistema difuso, compuesto por un control de constitucionalidad; que tiene como rol y función principal el de controlar la supremacía de la constitución, que la constitución sea suprema y que ninguna norma establezca cuestiones contrarias.

En la década de los 90's las constituciones de América se fueron modificando y se fueron incorporando tratados internacionales que empezaron a obtener una jerarquía especial; no solamente por una evolución jurisprudencial, como el caso de argentino que no se dio por normas sino fue desarrollado a través de la jurisprudencia estableció constantemente la evolución de la incorporación de los tratados internacionales con una jerarquía especial. En la Argentina en el año 1947, en el caso *Marquímica*, la Corte interpretó que los tratados internacionales tienen una característica especial y son dualistas, lo que se quiere decir con esto es que hay dos grandes bloques; por un lado tenemos las normas internas y por otro las normas externas, la Corte al definir de este modo dijo que los tratados internacionales son leyes, y que forman un bloque diferente al ordenamiento jurídico interno y que necesita una ley para que forme parte de sistema jurídico interno.

Ahora bien, esta característica fue repetida en el caso *Martin* y asociados de la Corte Suprema de Justicia y en el año 1992. Hay un caso que marca una línea divisoria entre un antes y un después de los tratados internacionales, el caso *Ekmekdjian* contra *Sofovich*, en este se estableció que los tratados internacionales tienen un valor mayor a la norma interna y además que todo tratado revestía de una protección especial dada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que constituye el cumplimiento de los tratados internacionales en el art. 27, a partir de ahí el panorama cambió. El año 1994, con la Reforma Constitucional en Argentina se incorporó el art. 75 inciso 22 donde se describieron 10 instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional,



esto trajo aparejado una modificación no solamente en la enseñanza el derecho constitucional sino también la jurisprudencia.

Ahora bien, la Constitución es protegida por los jueces constitucionales sea cual fuera el sistema a través de un tribunal constitucional o través de un sistema difuso donde todos los jueces tienen la obligación de determinar, verificar y de controlar que no solamente se respete la supremacía de la Constitución sino también la supremacía de los tratados establecidos en la Constitución.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* ha establecido un control de convencionalidad, que se ha ido perfeccionando en sus pronunciamientos en otros casos como el de *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú* donde se estableció elementos más contundentes.

La tarea principal del control de convencionalidad no es verificar que se cumpla la supremacía de la Constitución, lo que hace es controlar el cumplimiento y la supremacía de los tratados internacionales, específicamente en materia de Derechos Humanos. La Argentina tomó literal el caso *Almonacid* en los considerandos establecidos, donde se le da nacimiento al control de convencionalidad en el caso *Maceo*, en el que se entendió que existe un control especial cuando se trate de materias establecidas en los tribunales constitucionales llamado control de convencionalidad, este control de convencionalidad trajo aparejado una nueva interpretación de la ciencia jurídica constitucional, al ser un sistema difuso ayudó mucho a que inmediatamente se incorporara el control de convencionalidad.

Actualmente, un juez tiene varias funciones; la primera y más importante, quizás el más antiguo, es que el juez ordinario que resuelve conflictos, casos, para lo cual tiene ciertas herramientas y ciertos principios judiciales procesales. Ahora bien, luego de las revoluciones constitucionales al juez se le dio otra facultad; ser un custodio principal y obligatorio de la constitución, en otras palabras,

debe velar para que no haya ninguna norma que se establezca o se desarrolle en contra de ella y no se vulnere ningún derecho establecido en la constitución, cuya regulación se encuentra dentro de la constitución o a través de leyes que regulan la ejecución o puesta en práctica de ellos, esto se hace a través de lo que llamamos supremacía de la constitución y control de constitucionalidad.

Por otro lado, existe el juez convencional, que surge a través de la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este controla la supremacía absoluta de los tratados constitucionales con jerarquía constitucional y ni siquiera se detiene en establecer si el tratado está en contra o no de la constitución, aplica directa y estrictamente el tratado internacional por sobre toda norma escrita, sea ley, sea constitución.

Además de lo señalado, también tenemos al juez de integración porque el derecho de integración tiene una característica totalmente diferente, este juez vela por el respeto de los tratados regionales que se suscriben entre países, como Bolivia, Brasil, es decir; compromisos regionales, con una característica especial, principios especiales, esta función es denominada control de integracionalidad.

Cuando nos enfrentamos a un conflicto entre aplicar un tratado o aplicar una constitución o aplicar un tratado de integración, para en definitiva preservar un rol fundamental que es el juez ordinario, tenemos la ley constitucional, no aplicamos ni el control de constitucionalidad, ni el control de convencionalidad, pero para casos muy especiales donde esté en litigio una norma constitucional como una norma de un tratado internacional y para eso nosotros tenemos que hacer un test de armonización; debemos razonar las normas para resolver el conflicto y además debemos armonizar tanto la constitución como los tratados a través de una herramienta, la *Lid Constitucional* y la ley constitucional se aplica entonces a través de un test de razonabilidad y un test de armonización entre la constitución y los tratados. Cuando aplico una y no aplico otra lo que hago es estudiar la norma y establezco la inaplicabilidad para aplicar una, es decir, si se considera que debo aplicar un tratado,



aplico un tratado, si considero que debo aplicar la constitución, aplico la constitución no quiero que lo nulifico, al caso concreto, aplico una norma e inaplico otra, aquí reside la cuestión principal de la Lid Constitucional y es que, todo lo está basado en el principio el principio *pro homine*, es decir, se debe resolver de acuerdo a la protección irrestricta de los derechos humanos y aplicar la constitución o un tratado a través de una Lid Constitucional.

### 3. CONCLUSIÓN

El camino intermedio para resolver conflictos o cuestiones atinentes y exclusivas a los derechos humanos es la Lid Constitucional; una herramienta que va en el medio de estas dos funciones y que logra armonizar y proteger los derechos humanos que no son un medio sino un fin para todos los estados.

## SEGUNDO EJE

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD



## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. LOS RETOS CONTEMPORÁNEOS



**Gerardo Eto Cruz**

*El ilustre profesor Gerardo Eto Cruz, detalló los conceptos del control de constitucionalidad y convencionalidad, en una complejidad de las Constituciones modernas, un largo y dilatado desarrollo que confundió la categoría política que intentaba otorgarse a la Ley Fundamental, para luego diferenciarse de un concepto normativo, "...hoy lo que prima es el concepto normativo de Constitución, se ha replanteado el concepto de control constitucional; ella, constituye fuente de fuentes de un sistema jurídico, fuente fundamental y fundamentadora de un sistema político, y norma que vincula a los gobernantes y gobernados, (...) expresa una suma de valores fundamentales...", recalcó.*

*Al concluir su participación, el célebre maestro Eto Cruz incidió en el control de convencionalidad, aquel corpus iuris latinoamericano denominado por los juristas como bloque de constitucionalidad y que integra la gama jurídica post-moderna.*



## 1. INTRODUCCIÓN

A continuación, se abordarán en paralelo dos conceptos o categorías que forman parte del Derecho Público Contemporáneo; el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que se bifurcan, se separan, se concentran y que generan en los tiempos actuales una compleja situación. El control de convencionalidad es un concepto lato, por lo tanto, es un concepto genérico y ambiguo porque dice todo y casi nada, entraña parte de lo que es el concepto político de constitución; es un concepto polivalente y de naturaleza anfibológica, según como se utilice el contexto del control de constitucionalidad habrá de entenderse y si no, se genera de cierto tipo de interpretaciones.

El control de constitucionalidad estuvo precedido antes de las constituciones formales como la norteamericana de 1787; es decir, ya existía en la antigua Inglaterra medieval como mecanismo de control político sobre todo en el antiguo régimen de monarquías y ese control lo desarrollaba el legislativo en la medida de sus potestades, la de legislar y la de fiscalizar, pero cuando surgen las constituciones modernas, la norteamericana en 1787 y la francesa en 1791, este concepto de control constitucional estuvo inherente como concepto político porque el control constitucional a lo largo de los años se desarrolló como un control que ha tenido simplemente el legislativo para controlar los eventuales excesos del ejecutivo y esto tiene que ver con el concepto político de constitución, es decir, el control constitucional tuvo un largo y dilatado desarrollo del concepto político que ha significado la idea de que la constitución es una norma política que trata de regular los problemas políticos, desde un punto de vista de una categoría conceptual, por ejemplo, los franceses decían que la constitución pretende racionalizar el ejercicio legítimo del poder político o la constitución pretende normar jurídicamente los fenómenos políticos, esa era la orilla del concepto político de constitución que entró en crisis por la Segunda Guerra Mundial, a partir de su fenecimiento, el 14 de agosto de 1994, se inicia un periodo de reconstrucción en la cosmovisión política, social y jurídica de lo que es el texto constitucional, es así como

nacen tres grandes teóricos que replantearon del concepto político de la constitución al concepto jurídico que es el que hoy predomina.

La concepción que hoy prima es el concepto normativo de la constitución y a partir de ese concepto se ha replanteado también el concepto del control constitucional, antiguamente el control constitucional respondía como control político al concepto político, hoy el control constitucional responde a lo que es la concepción normativa de constitución, esta es la primera idea que debe estar clara, entonces, hoy lo que es la constitución como norma significa que ella se constituye como fuente de un sistema jurídico, fuente fundamental y fundamentadora de un sistema político, una norma que vincula a los gobernantes y gobernados, que expresa una suma de valores fundamentales y que se nos presenta como el gran proyecto político de una nación. A partir de estas características que vertebran el concepto normativo de constitución hoy se replantea que el control constitucional dejó de ser un control típicamente político y ha devenido en un control jurisdiccional en donde se pretende dos grandes regulaciones competenciales de los órganos de justicia: i) regular los estatutos del poder y ii) regular los estatutos de las libertades, esto es lo que se denominaría la jurisdicción constitucional, en consecuencia, cuando se habla del control constitucional ahora se ha comprimido al concepto estrictamente jurisdiccional de la jurisdicción constitucional que va a tener la virtud y la fuerza de controlar los excesos de los órganos del estado y que se afirme la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

En líneas muy generales, esto es lo que es el control constitucional que significa el redimensionamiento del concepto normativo de constitución y que este control deja de ser clásicamente político y se ha convertido en el control jurisdiccional para racionar el ejercicio legítimo del poder político a través del control de las leyes, las atribuciones y competencias de los órganos del Estado y para que se afirme la vigencia a través de una heterodoxa familia de instrumentos procesales que denominaremos como la "jurisdicción constitucional de la libertad", expresión de Mauro Cappelletti, compuesta por: i) las acciones de tutela o recursos extraordinarios que son instrumentos



para que se tutelen las libertades fundamentales y ii) la jurisdicción constitucional orgánica básicamente expresada en los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. El control de convencionalidad

Respecto al control de convencionalidad desarrollaremos algunos problemas que enfrentan hoy los estados contemporáneos, para ello es importante partir diciendo que el origen del control de convencionalidad fue acuñado en Francia a partir de una sentencia que emitió el Consejo Constitucional de Francia, el 15 de enero de 1975, a partir de una decisión que fue la 7554 donde se planteó una demanda de inconstitucionalidad contra una ley que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo, en ese fallo se invocaba el art. 55 de la Constitución francesa de 1958 que enunciaba *"que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán desde el momento de su publicación una autoridad superior a las leyes a reserva para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte"* esta cláusula generaba el conflicto entre una ley que enfrentaba y vulneraba tratados internacionales, como era en este caso el art. 2 del Convenio Europeo, en ese contexto el Consejo Constitucional acuñó la expresión de "control de convencionalidad".

En América Latina, el 26 de septiembre de 2003 el profesor Sergio García Ramírez utiliza esta expresión en un voto concurrente en una sentencia llamada *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, donde planteó la tesis de que cuando hay normas internacionales que han sido suscritas por los países, los productos normativos del orden interno que contravienen a este bloque normativo internacional deben ser desaplicadas por los jueces nacionales y aplicar las normas heterónomas o externas, delineando así lo que hoy es el control de convencionalidad. Tres años más tarde, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace suyo ese voto en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* emitido el 26 de septiembre de 2006, ahí el párrafo 124 desarrolla institucionalmente lo que

es el control de convencionalidad. En líneas generales, el control de convencionalidad en paralelo al control de constitucionalidad supone un control jurisdiccional de un órgano supra constitucional o internacional que tendrá la posibilidad de contrastar como parámetro normativo el bloque de convencionalidad frente a los productos del ordenamiento interno, es decir, hay un súbdito un ciudadano que plantea contra lo que resuelto por la jurisdicción doméstica interna en última instancia una resolución que le afecta y que vulnera todo lo que es el *corpus iuris* latinoamericano al que ahora denominamos "bloque de convencionalidad", en virtud a ello es que se desarrolla el control de convencionalidad que hoy forma parte de los tiempos de la postmodernidad.

El control de constitucionalidad y de convencionalidad son dos conceptos que nos reenvían a otra ruta y periplo paralelo; cuando hablamos de control constitucional este va a tener como soporte su bloque de constitucionalidad que en términos abstractos, para poder desarrollar una idea conceptual y no tocar fronteras nacionales, trata de aquellas normas que están en igual jerarquía que la constitución, tenemos a la constitución más otras fuentes de normas que no provienen de un poder constituyente si no de un órgano distinto a lo mejor de un poder constituido y que tienen ese mismo rango constitucional, esto es lo que se denomina bloque de constitucionalidad. Por otro lado, el bloque de convencionalidad responde a dos variantes; el bloque de convencionalidad regional y el bloque de convencionalidad internacional, este último es todo lo que emite la Organización de Naciones Unidas como los tratados internacionales, en cambio, el bloque de convencionalidad regional se trata de aquellos tratados internacionales como es el Pacto de San José de Costa Rica más sus protocolos adicionales, las sentencias que de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus opiniones consultivas, todo eso forma un bloque monolítico, de manera tal que: el control de convencionalidad tiene como soporte el bloque de convencionalidad, el control de constitucionalidad tiene como soporte el bloque de constitucionalidad, ambos conceptos de bloques a su vez desencadenan el parámetro de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad que señalamos, es decir,



los jueces de la jurisdicción doméstica interna básicamente se ciñen al parámetro de constitucionalidad y los jueces de la Corte Interamericana normalmente descansan sus resoluciones en el parámetro de convencionalidad. Ambos parámetros a su vez envían a lo que es la jurisdicción constitucional y la jurisdicción convencional, recuérdese que Heidegger arribó en un momento a este concepto de jurisdicción constitucional señalando que "es todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la constitución", esto quiere decir que todos los jueces ejercen jurisdicción constitucional cada vez que hay un proceso de naturaleza constitucional, en cambio la jurisdicción supranacional viene a ser la jurisdicción que asume la Corte Interamericana o el Tribunal de Estrasburgo en el bloque de convencionalidad europeo, estos tribunales tendrán cada uno su parámetro que es su bloque correspondiente.

Ahora bien, estos conceptos de jurisdicción constitucional y jurisdicción supranacional traen consigo y en paralelo la interpretación constitucional y la interpretación convencional, es decir, cuando hablamos de control constitucional presupone una interpretación constitucional, cuando hablamos de un control convencional presupone una interpretación convencional. La judicatura ordinaria va a tener una interpretación de la constitución y desde la constitución, en cambio, los jueces de la jurisdicción supranacional derechos interpretan fundamentalmente desde su bloque que es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, eso no impide que cuando hablamos de interpretación constitucional hoy los tribunales Salas o Cortes constitucionales vienen desarrollando una interpretación constitucional convencionalizada.

La interpretación constitucional y la interpretación convencional desencadenan en otras dos categorías que son: cosa juzgada constitucional y cosa juzgada convencional, debe entenderse que la cosa juzgada constitucional, de acuerdo a la doctrina que se viene manejando y sobre todo por el diálogo jurisdiccional de los tribunales salas o cortes, es identificado como aquella resolución firme inconvencional emitida por la alta corte constitucional, a

partir de una controversia constitucional y que contra ella no puede ser nuevamente objeto de ningún tipo de impugnación en sede nativa, nacional o interna salvo que se plantee el control convencional, en cambio, la cosa juzgada convencional debe de entenderse como la resolución firme que resuelve un contencioso internacional entre un ciudadano con su país, que, a partir de un producto normativo como es una sentencia, un acto jurisdiccional o administrativo gubernamental, por ejemplo, leyes, viola el bloque de convencionalidad y por lo tanto cuando el operador interprete que es la Corte Interamericana juzga un caso, su sentencia tiene el estatus de cosa juzgada internacional, es el producto de la interpretación convencional.

Luego de lo señalado, se desencadenan dos conceptos; el control concentrado de constitucionalidad y el control concentrado de convencionalidad, hablamos de control concentrado de constitucionalidad cuando en todos los países existe un proceso de control abstracto de las leyes que por la forma o por el fondo pueden infraccionar a la constitución. En cambio, el control concentrado de convencionalidad, surge cuando el afectado que es una persona natural plantea una suerte de un Amparo supranacional ante la Corte Interamericana.

## **2.2. El control difuso de constitucionalidad y el control difuso de convencionalidad**

El control difuso de constitucionalidad es ejercido en todos los países latinoamericanos, cualquier juez se encuentra habilitado para declarar inaplicable cualquier ley con efectos inter partes. En paralelo existe el control difuso de convencionalidad, en virtud del cual, el control difuso de convencionalidad hoy constituye un nuevo paradigma que se ha venido desarrollando a hilo de diferentes sentencias de la Corte Interamericana y consiste en la potestad y poder jurisdiccional que tienen los jueces para ejercer el llamado control difuso sin necesidad de que se toquen las puertas de la Corte Interamericana. Esto significa un juez de primera instancia ejercer el control difuso de una norma que afrenta al bloque de



convencionalidad o de una sentencia, aunque esa sentencia haya sido emitida por la más alta corte de la judicatura de ese país, si esa resolución es no es convencional, es así que hoy tenemos que la Corte Interamericana puede declarar que ese texto constitucional resulta ser inconvencional y por lo tanto debe extirparse y ahí no cabe teoría de poder constituyente originario, potestad de la libre autodeterminación de los pueblos y la soberanía. Este enredo aparente forma parte de los nuevos paradigmas de la postmodernidad, entre otros, el paradigma del pluralismo.

### 3. CONCLUSIÓN

Con base en lo señalado, concluimos en que no necesario constitucionalizar el bloque de constitucionalidad porque forma práctica de una doctrina jurisprudencial. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad, a pesar de que por ejemplo, países como Bolivia, Argentina, Colombia, República Dominicana, entre otros, establecieron en sus textos constitucionales que el bloque de constitucionalidad está conformado por su constitución y por los tratados, eso no es correcto, los tratados internacionales se ubican dentro del concepto de categoría del bloque de convencionalidad, de tal manera que los tratados internacionales, así el texto constitucional diga que forman parte del bloque de constitucionalidad, es del bloque de constitucionalidad.

Lo jueces de cada país interpretan de acuerdo a los parámetros que expedidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo tanto, los tratado internacionales no forman parte del bloque de constitucionalidad y si del bloque de convencionalidad, en líneas generales, el tema es para mucho desarrollo, no obstante, el tema no es pacífico puesto que, estos dos conceptos como elementos de categorías académicas generan una serie de implicancias controversiales.

Finalmente, siguiendo al Dr. Néstor Pedro Sagúes, al margen de estas disquisiciones académicas, hoy la idea es que la judicatura de cada

país latinoamericano empiece a desarrollar un hibridismo armónico, la interpretación constitucional convencionalizada arraigado a su propio bloque normativo, algunos pueden tener fisuras por contradecir al bloque de convencionalidad, pero se debe tratar de escarmenar o tratar de darle una interpretación convencionalizada a esas normas a partir de la técnica de sentencias interpretativas.



## ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA



**Jorge Asbún Rojas**

*Las manifestaciones normativas de carácter general, obedecen al criterio reglado; en palabras de Jorge Asbún, el control que ejerce el Tribunal Constitucional Plurinacional, respecto de las otras normas, es de puro derecho. Tras una breve relación cronológica de la acción de inconstitucionalidad y del control de constitucional, puntualizó aspectos del control difuso de convencionalidad en la administración de justicia "... Como juristas, estamos obligados a entender y respetar la visión que ha tenido el constituyente para racionalizar y relacionar estos conceptos...", relató.*

*Esto, generó una dificultad menor en la naturaleza e interpretación de los textos constitucionales; sin embargo, la discusión académica parte de la lectura comprensiva de Sentencias Constitucionales Plurinacionales, que enriquecen el debate del control de convencionalidad y de la acción de inconstitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia.*



## 1. INTRODUCCIÓN

La Acción de inconstitucionalidad constituye uno de los ámbitos del derecho procesal constitucional, que sin duda ha generado mayor polémica, y es que suele entenderse que a través de ella los jueces no solo actúan como legisladores “negativos” al dejar sin efecto las leyes, sino que además muchas veces “crean normas”, colocándose con ello, no solo por encima del Legislativo, sino incluso por encima del Poder Constituyente.

Sin embargo, esas lecturas parecen surgir de una incorrecta comprensión de la naturaleza y alcances de la Acción de Inconstitucionalidad o del abuso de la misma, por parte de los jueces, por ello, para contribuir a su entendimiento, en el presente ensayo, se abordan algunos de los puntos esenciales de la Acción de Inconstitucionalidad, entre ellos, su origen en Bolivia y la influencia que ello tiene en la configuración actual del mismo, el significado y alcance del parámetro de constitucionalidad, su naturaleza de puro derecho, entre otros elementos. Análisis que, si bien se nutre de las posiciones doctrinales, jurisprudencia de tribunales constitucionales de otros países y la jurisprudencia convencional, tiene como objeto entender debidamente los contenidos de la Constitución Política del Estado vigente en Bolivia.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. Orígenes de la Acción de constitucionalidad en Bolivia

En Bolivia, el control de constitucionalidad de las leyes, tuvo su primera mención en la reforma constitucional de 1851 en el artículo 82, se estableció: “El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Las Superiores y juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las leyes y las leyes con preferencia a otras resoluciones”.

Si bien en esta reforma, no se utiliza la expresión control de constitucionalidad de las leyes, el sentido de la frase “...a ellos

pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar está Constitución con preferencia a las leyes...”, explicita que por un lado, la supremacía de la Constitución y por ende la aplicación de la misma por sobre las leyes, sino que además dado que además encargaba dicha labor, tanto a la Corte Supremo como a los jueces, por lo cual podría entenderse que adoptaba el sistema –conocido– como control de constitucionalidad difuso.

En la reforma de 1861 se produciría un cambio sustancial, dado que éste oportunidad a través del artículo 65.2 se atribuyó exclusivamente a la Corte Suprema la potestad para: “Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”. Es decir, que a través de ésta reforma, se reconoce como único órgano competente a la Corte Suprema de Justicia, se determina como objeto de este proceso, el control de las: leyes, se expresa además que la naturaleza del control es de “puro derecho”, y que la finalidad de la mismas es determinar la “constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”.

A pesar de lo expreso del contenido constitucional antes transcrito, ello no sería debidamente entendido por la doctrina y sería manifiestamente incumplido por la propia Corte Suprema de Justicia. Así, el Dr. Pantaleón Dalence, Presidente de la misma, en el discurso de apertura del año judicial 1887, señaló: “En los juicios de inconstitucionalidad, la Corte exige siempre la demanda particular concreta que haya de resolver, aplicando o no la disposición recusada como inconstitucional”. Como se observa, aludía directamente a que la disposición encontrada inconstitucional “no sería aplicada en el concreto proceso donde se originó el análisis”, lo cual suponía reducir sustancialmente los efectos de la Acción de inconstitucionalidad.

Este entendimiento fue seguido sin mayores cambios en las décadas siguientes, así el Presidente de la Corte Suprema, Dr. Luis Paz, precisaba hacia 1921, que dicha entidad conocía la inconstitucionalidad de la ley, sólo: “...cuando hay un litigio particular y lo decide rehusando la aplicación de la ley impugnada,



si, a su juicio es inconstitucional. La ley subsiste, porque la decisión de la Corte no rige sino dentro de los límites del proceso..." Es decir, a pesar que se efectuaba un contraste de puro derecho en relación a la armonía de la norma con la Constitución, no se concluía con la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sino sólo con su inaplicabilidad al litigio concreto en que se interpuso la misma.

A mediados del Siglo XIX, Ciro Félix Trigo siguiendo la línea antes descrita, explicaba que en realidad la demanda de inconstitucionalidad se planteaba "contra la persona o institución que se ampara o pretende aprovecharse de la ley, decreto o resolución inconstitucional" y en razón de ello, si la Corte Suprema concluía que la ley infringía la Constitución simplemente se la inaplicaba al concreto proceso judicial civil, penal, administrativo u otro donde se generó el incidente.

La reforma constitucional efectuada en 1967 mantuvo como atribución de la Corte Suprema de Justicia: "...conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones". (Artículo 127.5). Como se observa, en ésta redacción tampoco se utiliza el término inaplicabilidad, a pesar de ello, el Presidente de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Civil, Dr. Rodolfo Virreira, en línea con los entendimientos antes citados, señalaba: "Se ignora o se olvida que la Corte Suprema de Justicia no tiene competencia para declarar llanamente la inconstitucionalidad de una ley, decreto o resolución, sino solamente, su inaplicabilidad por inconstitucionalidad al caso concreto que se debate."

Los procesos constitucionales, fueron desarrollados por primera vez en Bolivia, a través del Código de Procedimiento Civil de 1975, en el Capítulo VII, que comprendía los artículos 754 a 757, se regulaba lo relativo al denominado: "Recurso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad". En cuanto a los efectos de las sentencias emitidas en este tipo de procesos, expresaba: "La sentencia que declare probada la demanda no podrá anular, revocar o modificar la

disposición tachada de inconstitucional y sólo se concretará a declarar su inaplicabilidad al caso particular y concreto debatido." Es decir, el código procesal civil, atendiendo más a la doctrina y a la jurisprudencia que al contenido de la Constitución, desarrolló el recurso de inconstitucionalidad como un recurso de inaplicabilidad, cuando en realidad éste término en ningún momento había sido utilizado por la Constitución, la cual aludía a la inconstitucionalidad de las leyes.

El que la legislación se refiera a la inaplicabilidad en lugar de la inconstitucionalidad implicaba un manifiesto incumplimiento del mandato constitucional, pues la inconstitucionalidad, implica retirar del ordenamiento o dejar sin efecto alguno aquella norma que no guarda la debida armonía con la Constitución -es decir, en este caso la norma desaparece- y la inaplicabilidad en cambio mantiene indemne la norma inconstitucional, pero no se la aplica al concreto proceso a civil, penal, administrativo u otro que el juez está conociendo y donde la misma se ha declarado inaplicable.

Como se observa, la doctrina, la jurisprudencia y la ley, modificaron sustancialmente la competencia constitucional otorgada a la Corte Suprema transformando la inconstitucionalidad de la ley en inaplicabilidad al caso concreto y permitiendo que la ley subsista, si bien no se aplicaba al concreto proceso en que se declaraba inaplicable.

El poco efecto real que tuvo en el ordenamiento boliviano la existencia del Acción de inconstitucionalidad, resulta explicable desde perspectivas normativas, culturales y fácticas, primero y como se refirió, la legislación modificó sustancialmente la misma, los legisladores contrariando la Constitución transformaron la inconstitucionalidad en inaplicabilidad, aspecto que desnaturalizó el recurso de Inconstitucionalidad tornándolo ineficaz.

En ese mismo orden, siguiéndose el entendimiento general vigente por entonces -tanto en la doctrinal como en la ley - para que un precedente tenga al menos un valor orientador se requerían varias



sentencias uniformes; pero en la realidad, podría ocurrir que no se planteaba otra impugnación sobre el mismo tema de forma inmediata o peor aún que ante otra impugnación, la Corte Suprema concluya con una sentencia diferente y en consecuencia no se consolidaba el precedente, que además vale la pena reiterarlo dado que la impugnación de inconstitucionalidad era de inaplicabilidad se requería la impugnación de las partes para impedir la aplicación de la ley inconstitucional, la Corte Suprema no la implicaba de oficio.

Es evidente que todo lo descrito correspondía a una manifiesta incomprensión del mandato constitucional, dado que, si como señalaba el texto de 1861, se trataba de un control de puro derecho, el proceso civil, penal o administrativo u otro, en el cual se originaba la impugnación de inconstitucionalidad era un instrumento para activar la vía, pero no hacía al fondo del proceso en cuestión. A la Corte Suprema de Justicia le correspondía efectuar el contraste entre la norma y la Constitución, con independencia del proceso civil, penal, administrativo u otro en el que se originara tal análisis. Sin embargo, como se tiene explicado, ello no fue entendido así.

Asimismo hay que destacar que en Bolivia siguiendo la experiencia cultural francesa y es que salvo el sistema presidencialista que las constituciones latinoamericanas tomaron de los Estados Unidos, la cultura jurídica fundamentalmente era de fuente francesa ya que en ese país no solo se había emitido la Declaración del Hombre y del Ciudadano, sino que los escritos de Voltaire, Diderot, Rousseau y Monstequieu entre otros, tuvieron marcada influencia y en razón de todo ello. No se puede olvidar, que, en Francia, los jueces no actuaban como garantes de la Constitución, sino como aplicadores –mudos- de la ley y éste es un tema que pesó mucho en el desarrollo de la acción de inconstitucionalidad en los países latinoamericanos.

Una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales, era entendida como una intromisión en las atribuciones del Legislativo, así lo expresaban incluso expresamente autores como Alipio Valencia Vega, que refirió que, si en dicha Acción la Corte Suprema emitiera

una resolución con efecto generales, “...abrogaría o derogaría la disposición legal demandante y en esta forma incurriría en exceso de poder”.

Entre otros aspectos que impidieron la debida concreción de la Acción de Inconstitucionalidad, puede citarse el hecho de que los jueces del Tribunal Supremo, normalmente eran designados por el Legislativo, el que además ostentaba la atribución de juzgarlos. Entonces los jueces no solo eran designados por el órgano que emitía las leyes, que debían ser controladas por los jueces, sino además que podía destituir a éstos y en un contexto marcado por la poca institucionalidad de los cargos públicos, los jueces “decidieron” transformar la inconstitucionalidad en inaplicabilidad de la ley.

Asimismo, hay que recordar en Bolivia, la vigencia recurrente de dictaduras y nada explica mejor, la lógica de éstos gobiernos que los decretos que aprobaban y cuyo único artículo afirmaba: “Declárase en vigencia la Constitución Política de 1967, en todo lo que no contrarié el Mandato de las Fuerzas Armadas y las disposiciones dictadas por el Gobierno Revolucionario”. (D.S. N° 08947 de 06 de octubre de 1969).

Luego de la recuperación de la democracia en 1982, y de que la misma se fuera asentando, a través de la reforma constitucional de 1994 se instituyó el Tribunal Constitucional como órgano especializado de justicia constitucional, se desarrollaron los elementos esenciales de los procesos constitucionales en el mismo texto y respecto de los efectos de la Acción de Inconstitucionalidad, el artículo 121 señalaba: “Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto, o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.”, como se observa, aquí también se utilizó el término inaplicable, pero se agregó “surte plenos efectos respecto a todos”, justamente para superar la equivocada comprensión antes explicada.



En el texto vigente, que fue aprobado el 2009 se mantiene íntegramente los contenidos antes transcritos.

## **2.2. El parámetro en el juicio de constitucionalidad:**

El artículo 121.II de la Constitución de 2009, refiere que la Acción de Inconstitucionalidad procede contra “una norma jurídica contraria a la Constitución” y en el artículo 202.I de la misma norma, se ratifica ese contenido, al señalar que corresponde al TCP, conocer: “los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales.” Estos artículos, de manera expresa determinan que la Constitución, es el parámetro para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas. Si bien regularmente se entiende que la norma impugnada de inconstitucionalidad, debe contrastarse respecto de alguno de los contenidos de la Constitución. En el caso boliviano, no así, ya que el artículo 410.II de la Constitución, dispone: “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.” Y ello implica una importante transformación respecto de las normas que corresponde efectuar el juicio de constitucionalidad.

Al afirmar la Constitución, que existe un “bloque de constitucionalidad”, expresamente está reconociendo que “los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario” que hayan sido ratificadas por Bolivia, por decisión del Constituyente, también se convierten en normas respecto de las cuales corresponde efectuar el análisis. Es entonces, la propia Constitución la que ha definido que debe entenderse y cuáles son los elementos de ese bloque y a partir de ello, es posible afirmar que el contraste no debe efectuarse sólo respecto del contenido de los 411 artículos que forman la Constitución, sino además todos y cada uno de los artículos contenidos en cada uno de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Bolivia, que integra el bloque de constitucionalidad.

Esta comprensión ha sido expresada también por el TCP, señalando que el contraste de constitucionalidad no solo alcanza al “texto formal de la Constitución Política del Estado”, sino que a través del bloque de constitucionalidad se han integrado a ese nivel normativo; por un lado, los Tratados y Convenios de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Bolivia, incluyendo el Derecho Comunitario.

El TCP ha explicado también que integran el bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de los órganos de Control contemplados en dichos tratados y convenios, así como la propia jurisprudencia del TCP. Ello ha sido expresado en la SC 0110/2010-R de 10 de mayo y SCP N° 572/2014 de 10 de marzo, entre otras, en las que TCP, expresó que el contraste respecto a la constitucionalidad de una norma, debe efectuarse también en relación a “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que también forma parte del bloque de constitucionalidad” (SC N° 0110/2010-R de 10 de mayo) razonamiento que luego ha venido siendo reiterado y de uso constante.

Los fundamentos para efectuar la integración de las sentencias de la Corte IDH al bloque de constitucionalidad, según ha señalado el Tribunal Constitucional Plurinacional se fundamenta por un lado, en que la Corte IDH a través del artículo 62 le reconoce a aquellos, competencia de intérprete de la Convención y por otro la aplicación del denominado efecto útil o también denominado efectividad de las sentencias de dichos órganos deben tener en el orden interno de los Estados, así se explicó entre otras en la SC N° 0110/2010-R de 10 de mayo.

En definitiva, entonces, el contraste de constitucionalidad de una norma, debe efectuarse no solo respecto de los 411 artículos que integran la Constitución, sino también sobre el contenido de los Tratados y Convenios ratificados por Bolivia, así como la jurisprudencia emitida por el propio TCP como por los órganos de control de los Convenios y Tratados de Derechos Humanos.



### 2.3. Aplicación preferente de los Tratados de Derechos Humanos:

En la Constitución boliviana existen otros contenidos que se relacionan con el tema en análisis y que en razón de ello requieren ser abordados, así el artículo 256. I. de esta norma, expresa: "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta."

La aplicación con carácter preferente de derechos más favorables que hayan sido declarados en los Tratados e Instrumentos internacionales de Derechos Humanos, implica por un lado que este artículo distingue entre los contenidos de los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución -o con mayor propiedad de los 411 artículos que contiene la misma- lo que supondría entonces que los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos, no integran el bloque de constitucionalidad. Y es que si como se ha descrito antes, a través del término bloque los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos se han integrado y forman parte de la Constitución, no puede luego referirse como si se tratara de dos órdenes totalmente distintos y que se aplicará con carácter preferente aquel que contemple derechos más favorables.

Podría pensarse entonces que existe una incongruencia entre los artículos 256 y 410 de la Constitución, porque cada uno parece sostener algo diferente, ya que solo se podría afirmar que "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (...) se aplicarán de manera preferente." Si éstos no formarían parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, ello sería un entendimiento formal y además que no considera la finalidad última de la Constitución, porque si se considera que esta es una unidad normativa, es posible entonces reconocer el verdadero sentido jurídico de la expresión "aplicación preferente de los derechos o garantías" que resulten "más favorables a la concreción de los derechos ciudadanos", en realidad con ella sólo

se está explicitando el denominado principio pro homine, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe aplicarse aquella norma que resulte más favorable a una concreción efectiva de los derechos constitucionales, ello es así, porque forma parte de la naturaleza misma del orden democrático y lo que hace el artículo 256. I. de la Constitución es solo explicitarlo o manifestarlo, más allá de "donde" se encuentren esos derechos y más aún, si en el presente caso, integran el bloque.

Este entendimiento tiene su base en el artículo 22 de la Constitución, que refiere: "La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado." Y que fija la finalidad última del orden constitucional, proteger la dignidad y libertad de los ciudadanos. Es decir, que bajo ese principio, la aplicación de los derechos más favorables surge del orden constitucional mismo y no requiere acudir a ninguna otra fuente, peor aún en el presente caso, en que esa fuente -los Tratados de Derechos Humanos- está constitucionalizada a través del bloque.

En este mismo orden cabe recordar lo establecido en el artículo 29 de la Convención de Derechos Humanos, que lleva por título "Normas de Interpretación" que dispone: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"; Como se observa, la Convención -como no podía ser de otra manera- también reconoce que cuando un derecho contemplado en una Constitución del país que integra la Convención esté mejor desarrollado o resulte más favorable para el ciudadano, debe aplicarse esta previsión y no el tratado. En realidad, como se ha precisado, ello es inherente a la Constitución democrática, dado que ésta: ...es un sistema jurídico que, fundado en la dignidad del ser humano, reconoce los derechos fundamentales y, establece los mecanismos para su protección y concreción.



Aclarado ese aspecto, conviene también referir que el artículo 13.IV de la Constitución, también está relacionado el tema en análisis, al señalar: “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”.

Este artículo posee dos contenidos, en el primer párrafo instituye la “prevalencia en el orden interno aquellas disposiciones del Tratado que prohíben la limitación de los derechos en los estados de excepción” y en el segundo establece una regla de interpretación de los derechos y deberes, afirmando que la interpretación de los derechos y deberes deberá “efectuarse de conformidad con los Tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Bolivia” En el primer párrafo el contenido está referido exclusivamente al estado de excepción, es decir, a aquella situación excepcional que se da cuando existe “peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural” según describen en los artículos 137 y siguientes de la Constitución y en los que debe evitarse la “restricción de los derechos” aplicándose aquellas previsiones que protegen de mejor manera los derechos, sin embargo entendiendo debidamente la finalidad de la existencia misma del orden constitucional, es evidente que lo que busca este contenido es ratificar que incluso en situaciones de peligro de la seguridad del Estado, amenaza externa u otra no es posible menoscabar los derechos fundamentales y ello es así independientemente que exista o no esta previsión. En el segundo párrafo alude a la “interpretación de la Constitución conforme” a los Tratados y Convenios Internacionales, a diferencia del artículo 410.II o incluso del 256, esta expresión por un lado no constituye un canon o parámetro para el enjuiciamiento de las normas, sino únicamente fija un criterio hermenéutico que busca orientar el alcance y sentido de la interpretación de los derechos y libertades y ello sólo tendría algún efecto, si por disposición expresa de la

Constitución, los Tratados y Convenios de Derechos Humanos no formaran parte del “corpus constitucional” y como efecto de lo cual, estos son más que meras normas de interpretación, sino contenidos normativos directamente exigibles, por lo que el contenido del artículo 13 ha sido engullido por el artículo 410.II.

#### **2.4. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad**

El control de convencionalidad ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señalando que es una “... herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”.

El control de constitucionalidad fue expresado originalmente en la causa, *Almonacid Avellano y otros vs. Chile*, en la que se afirmó: ...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Esta formulación jurisprudencial fue luego desarrollada en otros fallos de la propia Corte IDH y también algunos de sus Magistrados, han escrito artículos y ensayos al respecto, el Dr. Eduardo Ferrer



Mac-Gregor, señaló que los Estados debían ejercer el control de convencionalidad difuso, refiriendo que “Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del derecho internacional. El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

En el caso boliviano, el TCP siguiendo lo expresado sobre el control de convencionalidad, en algunas sentencias incluso abrió la posibilidad de que cualquier juez pueda ejercer el control de convencionalidad al caso concreto, tal por ejemplo en la SC 0646/2012, de 23 de julio y SCP 1122/2017-S1 de 12 de octubre, en realidad luego de forma más o menos constantes señaló que el TCP es la entidad que debe ejercer el control de convencionalidad, así lo expreso entre otras, en las sentencias 0006/2016 de 14 de enero y 0315/2016-S1 de 11 de marzo de 2016, respectivamente, en las cuales el TCP, expresó: “(...) [E]l Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la presente acción de inconstitucionalidad concreta, debe ejercer el control no sólo de constitucionalidad sino también Control de Convencionalidad y expulsar del ordenamiento jurídico boliviano los presupuestos de las disposiciones que ahora son cuestionadas”.

Si se recuerda que la Constitución reconoció el bloque de constitucionalidad, ello implica que en el caso boliviano no es posible ejercer el control de convencionalidad y es que para que esto suceda, se requiere que dentro de un mismo país existan dos órdenes jurídicos: el interno, que tiene como base a la Constitución y el internacional que está compuesto por tratados y convenios sobre Derechos Humanos, suscritos por el Estado. Sin embargo, cuando los tratados y convenios sobre Derechos Humanos están integrados a la Constitución a través del bloque de constitucional, como sucede en Bolivia, ello implica que por decisión del Constituyente, el contenido de aquellos pasó a formar parte de la Constitución, es decir, el contenido de los tratados se ha constitucionalizado, de modo tal que puede presentarse una demanda de inconstitucionalidad

porque una ley resulta contraria al contenido de un determinado Tratado o Convenio y por tanto solo existe “un orden jurídico”, en ese contexto, no es posible ejercer el control de convencionalidad, porque a través del control de constitucionalidad se logra el pleno y efecto cumplimiento de los contenidos de los Tratados o Convenios sobre Derechos Humanos, efectivamente a nivel internacional el Tratado o Convenio sigue existiendo, y corresponde a la Corte IDH proteger el mismo.

Este entendimiento, como no puede ser de otra manera, tiene consecuencias jurídicas concretas, y es que si una autoridad judicial o administrativa boliviana, observa que una norma no guarda armonía con el contenido de un Tratado o Convenio de Derechos Humanos, no puede inaplicarla directamente -ni siquiera al caso concreto- alegando que ejerce control de convencionalidad, sino que conforme a la Constitución vigente que -constitucionalizó la Convención y los Tratados de Derechos Humanos- debe activar el control de constitucionalidad para que sea el TPC como única entidad competente para conocer el control de constitucionalidad que incluye el contraste de una ley respecto del contenido de los Tratados y Convenios de Derechos Humanos, resuelva dicha contradicción.

## 2.5. Control de puro derecho

La Constitución, en el artículo 202.1 señala que corresponde al TCP conocer los “...asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales.”. Estableciendo así la naturaleza del juicio de constitucionalidad a través de la expresión puro derecho. Esta expresión configura en forma precisa el tipo de juicio que debe efectuar el TCP en la Acción de Inconstitucionalidad, ya que significa que el contraste entre la norma impugnada, con la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

El Código Procesal Constitucional, describe implícitamente la expresión puro derecho al señalar como uno de los requisitos que



debe cumplirse en las Acciones de Inconstitucionalidad, es: "... la identificación de la disposición legal y las normas impugnadas, así como las normas constitucionales que se consideren infringidas, formulando con claridad los motivos por los que la norma impugnada es contraria a la Constitución Política del Estado". (Artículo 24.I.4)

La jurisprudencia constitucional ha ido construyendo los perfiles de la expresión puro derecho, desde el inicio de sus funciones, así de modo descriptivo señaló inicialmente que en la Acción de Inconstitucionalidad: "... el juzgador debe confrontar el texto de la norma impugnada con el de la Constitución Política del Estado para ver si hay contradicción en sus términos." Razonamiento que se ha mantenido inalterable hasta la fecha, así lo expresó originalmente en la SC N° 010/2000-RDI de 01 de marzo y se encuentra ratificado en resoluciones como el SCP N° 0120/2018-CA de 12 de abril.

La expresión puro derecho, excluye obviamente el análisis y consideración de situaciones de hechos, y así lo expresó la jurisdicción constitucional en varias oportunidades señalando que "...no le corresponde (...) compulsar cuestiones de hecho." (N° 0019/2003 de 28 de febrero de 2003), "De la exposición de los motivos por los cuales los accionantes consideran inconstitucionales los cinco artículos de la Ley 3975, se evidencia que se enuncian situaciones de hecho y no así fundamentos jurídico-constitucionales" (AC 0122/2018-AIC, de 17 de abril de 2018).

Luego, apuntando algunos aspectos substanciales de la referida expresión, el TCP precisó que el análisis que se efectúa en la Acción de Inconstitucionalidad, no tiene por objeto: "...la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscado por las normas impugnadas, su labor se concentra en el estudio y decisión objetivos acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las mismas. Entre otras, SC N° 0024/2005 de 11 de abril, SCP N° 0070/2015 de 3 de septiembre y SCP N° 0062/2015 de 16 de julio.

El alcance y significado de lo que debe entenderse por conveniente, oportuno o benéfico, no ha sido abordado en forma expresa por el TCP boliviano, más allá del sentido que dichos términos tienen asignado en la lengua, que por lo demás resultan sinónimos y que significan que no puede considerarse si será bueno o no, sino únicamente si la norma en cuestión es o no conforme a la Constitución, otros tribunales constitucionales han sido más explícitos sobre el alcance de aquellos términos y la transcripción de esas resoluciones, resulta ilustrativa.

El Tribunal Constitucional Español, señaló hace décadas: "La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo".

El Consejo Constitucional Francés también se pronunció en relación a la diferente naturaleza que informan sus competencias y las del Legislativo, declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito. Así, con ocasión de la impugnación del proyecto de ley que creaba determinados delitos y aumentaba penas en otros, expresó: "... la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Solo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución".

Por su lado, el Tribunal Constitucional de Chile, precisó: "En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Solo cuando el



Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido".

En las resoluciones transcritas hay que resaltar, que si bien la descripción se refiere fundamentalmente a la distinta naturaleza de la jurisdicción constitucional y la función legislativa, y permite observar por un lado que la Constitución constituye un marco de coincidencias relativamente amplio de modo tal que las fuerzas políticas pueden concretar su visión conforme a la voluntad de la mayoría Legislativa, pero ésta sólo es válida –y esto es lo esencial– en tanto sean conformes a la Constitución, que como norma fundadora del orden jurídico, obliga a todos –autoridades y ciudadanos– a su cumplimiento.

Por su lado, juristas como Manuel Aragón Reyes, expresaron que una de las virtudes del control jurisdiccional es que éste sea un control "objetivado", esto es, "el parámetro o canon de control es un conjunto normativo preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico." Y es que además, el órgano jurisdiccional debe analizar, fundamentar y resolver jurídicamente las controversias sometidas a su conocimiento. El control es jurídico cuando, "... jurídico su parámetro y jurídico el razonamiento a través del cual el control se ejerce. La condición 'jurisdiccional' del órgano es una consecuencia del tipo de control y no al revés". El análisis que se efectúa en la Acción de inconstitucionalidad, es de naturaleza jurídica: "... porque jurídico es su parámetro (o sea la Constitución) y jurídico el razonamiento a través del cual el control se ejerce.", distinguiéndose así la distinta tarea que corresponde al Legislativo y al Tribunal Constitucional Plurinacional.

No se omite aquí, que la Constitución está integrada no solo por reglas, sino por valores, principios o atendiendo a una diversidad de expresiones: normas de textura abierta, dúctil, de difícil determinación, mandatos de optimización, normas de

aplicación diferida, declaraciones materiales y valores y principios innominados o no expresos, por lo que, parafraseando al citado autor, puede decirse que si bien hoy el juez ya no es solamente la "boca que pronuncia la ley" y la aplicación de la Constitución requiere "...un proceso hermenéutico que encierra una dosis de actividad recreadora (aunque siempre limitada por las exigencias de la seguridad jurídica) no debe perderse de vista que, si la interpretación de una norma es en muchos supuestos, recreación de ella, lo que no cabe admitir, mediante la actividad interpretadora, el juez cree, ex nihilo, normas antes inexistentes".

En razón de esas complejidades, efectivamente los estudios y teorías sobre interpretación y hermenéuticas de comprensión del orden constitucional son cada vez más crecientes y está muy en boga hoy ese campo del conocimiento, por lo que incluso F. Müller, ante la cantidad de ellas, que pueden llevar a soluciones distintas, con base en la igualdad constitucional, ha reclamado el derecho fundamental a la igualdad del método y, por otro lado, algunas constituciones han incluido métodos de interpretación, como es el caso del texto boliviano aprobado el 2009.

Pero ante todo –y este es el quid de la interpretación– el juez está obligado a fundar su decisión en derecho, esto es, en la Constitución. Este es el elemento que distingue la función judicial de la función de los otros órganos de gobierno: a los jueces les está vedado efectuar evaluaciones políticas, es decir utilizar criterios de oportunidad o conveniencia. Así, se entiende mejor por qué un Tribunal no puede actuar con "sabiduría política" para resolver el fondo de una demanda de inconstitucionalidad, ya que los criterios de conveniencia y oportunidad están asignados a los órganos políticos como el Ejecutivo o el Legislativo, quienes tienen constitucionalmente, en ciertos temas, diferentes grados de discrecionalidad y a ellos les corresponde optar por las distintas opciones políticas que el orden constitucional les permite.



## **TERCER EJE**

### **ACCIONES Y/O RECURSOS CONSTITUCIONALES**



## DEL MAL LLAMADO (RECURSO) DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA DESVIACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL CASO VENEZUELA



*Luis Alberto Petit Guerra*

*Ejemplificando el ordenamiento jurídico venezolano, Luis Alberto Petit Guerra aproximó su intervención explicando situaciones fácticas que versaron sobre el mal llamado recurso de interpretación y su incidencia en la desviación de la justicia constitucional. A título de líneas maestras, expresó que dicho recurso consiste en una acción abstracta que un ciudadano puede interponer en la interpretación de cualquier precepto constitucional, en tanto permite la solución de conflictos de competencia con otros órganos, disminuyéndose sus poderes y ocasionando la afectación del derecho a la defensa.*

*Petit Guerra, al responder las interrogantes de auditorio virtual, clarificó las dudas con relación al neoconstitucionalismo señalando "...esta teoría para muchos tiene vigencia en Latinoamérica, particularmente creo en el activismo judicial en pro del ciudadano, no activismo judicial ideologizado en favor de una particular corriente política; algunos de los promotores del neo constitucionalismo, tienen una clara definición en defensa de un solo sector (...), debe ser revisado desde la realidad del contexto de Venezuela, respetando las credenciales científicas de quienes promueven su existencia..."*



## 1. INTRODUCCIÓN

A continuación, se abordará la existencia en el sistema constitucional venezolano de un (supuesto) “recurso” de interpretación con unas características y procedencia, que en realidad debe considerarse dentro del grupo de “acciones” constitucionales; pero que, como consecuencia de su perniciosa práctica en el desvío de la justicia constitucional, es objeto de reflexión si este “instrumento” debería o no existir sea como recurso o como acción. Conectar ambas cuestiones implica establecer sus diferencias desde lo procesal conforme su naturaleza. Las relaciones y diferencias en las concepciones entre acciones y recursos que encuentran sus orígenes en las enseñanzas del derecho procesal clásico; se hacen presentes también en el derecho procesal constitucional o justicia constitucional según sea el criterio de pertenencia en cada sistema.

Por acción –en sentido general- se entiende el derecho abstracto que se concede a ciertos legitimados para “acudir” a cualquier de los órganos de justicia –en este caso, de la justicia constitucional- a través de cualquiera de los procedimientos especiales establecidos por ley con objeto de exigir determinada decisión que contiene una pretensión o causa a pedir. De allí se conecta con el «derecho de acción». Un recurso en cambio, constituye un mecanismo que cada ordenamiento concede precisamente para “impugnar” las decisiones tomadas por ciertos órganos jurisdiccionales; para que sean –a su vez- revisadas y decididas por otros órganos. De allí que se concreten en las distintas formas del «derecho a la defensa».

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. Del «recurso de interpretación de ley» como antecedente normativo. Contexto político-histórico entre las Constituciones de 1961 y 1999

Antes de reflexionar sobre el recurso de interpretación constitucional se deben hacer unas consideraciones de un antecedente remoto en el llamado recurso de interpretación de ley. Este recurso de

interpretación de ley que no estaba previsto en la Constitución de 1961; existía solo a nivel legal.

Dicha Constitución anterior (1961) establecía que el poder judicial estaba conformado por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y el resto de tribunales de la República. A su vez, la CSJ se componía de varias Salas especializadas (de Casación Civil, de Casación Penal y Político-Administrativo) y que la reunión de todas ellas (conformaba la Sala Plena, con distintas competencias; entre otras, de control constitucional).

Fue en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976) donde se estableció la competencia exclusiva de la Sala Político Administrativa para conocer una solicitud (en forma de juicio “no contencioso”) denominado recurso de interpretación de ley, con “la intención de aclarar el significado, sentido y alcance de la disposición que generaba dudas por su ambigüedad, oscuridad o exceso de abstracción”.

Sobre ese antecedente legislativo resaltan varios aspectos: (i) que no estaba regulado a nivel constitucional; (ii) que solo estaba previsto a nivel de ley Orgánica; (iii) que, aunque nominalmente era llamado recurso, en sí mismo constituía una acción autónoma no contenciosa (sin la existencia de “partes” contrapuestas) para plantear una solicitud de interpretación abstracta de determinada disposición legal; (iii) que la competencia exclusiva era de la Sala Político Administrativo.

Según los reportes de jurisprudencia de la época, el uso y utilidad de dicho “recurso” (de interpretación de ley), fue no solo esporádico, sino limitado a pocos casos (más allá de la previsible actitud self restraint de la Sala Político-Administrativa en ese sentido).

Lo que entonces había sido establecido (solo a nivel legal) y con competencia en una Sala con competencias bien específicas (materias de derecho público relacionadas con el derecho administrativo en general) va a tener un cambio en el sistema constitucional por venir.



Con la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo adelante CRBV, 1999), el poder judicial está conformado por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y demás tribunales ordinarios y especiales. El TSJ está conformado por varias Salas especializadas por materias (Sala Constitucional, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal, Sala Electoral, Sala de Casación Social y Sala Político Administrativa).

Ahora, el recurso de interpretación de ley aparece así regulado a nivel constitucional “sobre el contenido y alcance de los textos legales” (art. 266, núm. 6 Constitucional); para lo cual se amplió la competencia a todas las Salas.

Sobre esta figura se puede colegir: (i) la incorporación a nivel constitucional del recurso de interpretación de ley (que en vigencia de la Constitución de 1961 solo estaba previsto a nivel legal); (ii) que se amplía su conocimiento a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (en vigencia de la Constitución de 1961, la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia daba esa competencia únicamente a la Sala Político-Administrativa); (iii) cuando la Constitución entró en vigencia; no había ley especial u orgánica que estableciera los mecanismos para la realización de dicho recurso de interpretación de ley.

## **2.2. De la creación (jurisprudencial) del recurso de interpretación constitucional**

Siguiendo la tesis que aborda las diferencias y conexiones entre la «interpretación de la ley» e «interpretación de la Constitución» donde existen distintos modos de proceder. Una cosa es que las Cortes puedan “interpretar” las leyes e incluso la Constitución; y otra, que deba “inventarse” un recurso autónomo para interpretar la ley o para interpretar la Constitución. En el caso venezolano, ni en la Constitución vigente de 1999, ni en ninguna ley especial existe alguna regulación que expresamente establezca la existencia de un así llamado «recurso de interpretación constitucional».

En cambio, si se colige con claridad del texto constitucional que la «jurisdicción constitucional» se ejerce por la Sala Constitucional (art. 266, num.1, Constitucional). Asimismo, que: “Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley” (art. 335 Constitucional).

También dispone que el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) “será el máximo y último intérprete de la Constitución”. Si bien parecería extenderse (inicialmente) que tal facultad sea para todas las Salas que conforman dicho TSJ; el mismo precepto aclara toda duda al puntualizar enseguida que: “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas o principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República” (art. 335 Constitucional).

Ahora bien, que la Sala Constitucional pueda realizar interpretaciones de normas y principios constitucionales –al igual que los órganos del derecho comparado especializados en justicia constitucional–; no significa en modo alguno que “exista” en el sistema un así llamado recurso de interpretación para que aquella cumpla sus fines.

Además, en la normativa atributiva a las competencias exclusivas de la Sala Constitucional (art. 366 Constitucional), no se hace mención de ningún recurso de interpretación de la Constitución. Únicamente aparece una competencia que podemos llamar “residual” que prevé que también son competencia de dicha Sala: “Las demás que establezcan esta Constitución y la ley” (art. 366, num. 11 CRBV). En tal sentido, nuevamente, la Constitución no hace mención a la existencia de tal “recurso”.

Sin embargo, ello no fue obstáculo para que la propia Sala Constitucional aprovechara la intervención de un “ciudadano” en una solicitud presentada a ella, para “crear” vía jurisprudencial el así denominado recurso de interpretación constitucional bajo los siguientes argumentos.



La Sala alegó que el sistema contaba con un antecedente en el recurso de interpretación de ley; asimismo, reconocía que si bien el recurso de interpretación de la constitución no aparecía expresamente regulado en dicho texto constitucional; señaló que tampoco estaba prohibido.

Del mismo modo, se preguntó si cualquier ciudadano podría presentar cualquier tipo de solicitud para que se interpretara en forma abstracta determinado precepto o principio constitucional que generara dudas; frente a lo cual, la misma Sala Constitucional terminó por justificar que era necesario dar esa posibilidad; siendo que la misma estaba autorizada para realizar interpretaciones vinculantes para el resto de las Salas y demás tribunales. Se consideró que este tipo de interpretación debía hacerse dentro de un tipo de recurso (aunque no estaba en la ley), que ella misma podía "crear" en lo que llamó su facultad de jurisdicción normativa. De ese modo, fue creado el recurso de interpretación de la Constitución en notable sentencia que no ha sido bien recibida por la mayoría de la doctrina más calificada (caso Servio Tulio León, Sentencia Nro.1077/2000).

Con el funcionamiento de este recurso, se amplía la legitimación para que cualquier "ciudadano" –sin mayor formalidad- solicite a la Sala Constitucional la interpretación de algún precepto o principio constitucional que genere dudas en sentido "abstracto".

Lo cierto fue que tal habilitación a la "ciudadanía" terminó siendo un burdo argumento para utilizar a una serie de personas (incluyendo los propios poderes constituidos: Presidente de la República, Presidente del parlamento y gobernadores, e incluso, abogados y ciudadanos inscritos en el partido político o con pensamiento político cercano al oficialismo) para usar a la Sala Constitucional para "resolver" importantes y delicados asuntos de naturaleza política por medio de la interpretación abstracta de la Constitución (pero en realidad, implicaban la anticipación de situaciones conflictivas reales por venir o en pleno desarrollo); sin escuchar a los demás agentes políticos, sin derecho a la defensa y en bastantes

casos: resueltos casi "instantáneamente" en que fueron efectuadas tales solicitudes (siempre a favor o beneficio del solicitante; o mejor dicho: a favor del poder central del gobierno o del grupo político afín).

### **2.3. De la "recepción" (a nivel legal) del recurso de interpretación constitucional (a través de un parlamento que no contaba con el quorum calificado previsto en la Constitución para reformar una Ley Orgánica)**

Entre los grandes desafíos del Derecho Constitucional en general está la temática de cómo establecer los límites al ejercicio de los órganos designados en las funciones de justicia constitucional. Surgen enseguida dos cuestiones inmediatas: (i) el déficit democrático de los respectivos órganos de justicia constitucional (que no han sido designados mediante votos de elección popular) y, (ii) por su cada vez más complicado rol entre su activismo o en auto restricción (al ser un órgano de "cierre" de cada sistema).

El excesivo protagonismo de algunas Cortes es motivo de estudio y preocupación. En líneas generales, el uso –y abuso- de las formas procesales por parte de la justicia constitucional ha sido un tema de los más delicados en el derecho comparado. En nuestro caso, mucho peor cuando este abuso deriva de un argumento autoritario de la justicia constitucional cuando decide basar sus decisiones no en las formas procesales previstas (que estén establecidas en el ordenamiento jurídico expedido por el legislador democrático); sino porque aplica formas procesales o técnicas (que no están previstas en la ley) y que han sido "inventadas" por ella misma.

Convencidos de que es la propia Constitución la que permite obtener tales respuestas; si bien hay algunos casos difíciles donde se requiere la intervención de la justicia constitucional (en forma extraordinaria) para resolver problemas "políticos" que no han sido resueltos satisfactoriamente por los cauces regulares por los demás órganos de legitimación política, ocurre lo contrario, cuando el órgano de justicia constitucional se convierte en un actor "político" más.



Una cosa es que la Constitución permita la lectura plural de las distintas opciones, y otra, forzar de tal manera alguna interpretación que no sea posible entre las posibles respuestas; sino que además cuando determinada “interpretación” (forzada) sea más bien contraria al propio texto de la propia Constitución. Utilizando argumentos de autoridad, la Sala Constitucional ha abusado de la facultad que le concede la Constitución para interpretar normas y principios constitucionales (art. 335 Constitucional) para conseguir objetivos no previstos en la Constitución. Cuando la Constitución establece expresamente que para aprobar o reformar las leyes orgánicas se requiere de un quorum calificado de las 2/3 partes (art. 203 CRBV); es tan claro que no es posible “interpretar” otra cosa o darle otro sentido sin vulnerar la propia Constitución. Es el caso que para el año 2004 ninguna de las fuerzas políticas tenía mayoría calificada (no hacía quorum calificado) en el Parlamento para poder reformar o aprobar leyes orgánicas; que, con tal importancia, se requería un quorum reforzado de mayoría calificada.

La Sala Constitucional bajo un argumento de autoridad –o autoritario– que ya antes había “creado” este (mal) llamado recurso de interpretación constitucional (Sent.1077/2000), en otro caso, supuestamente abstracto (Sent.34/2004) precisamente aplicando la misma técnica procesal mediante recurso de interpretación constitucional; no obstante la previsión expresa de la Constitución de la necesidad de que exista un quorum calificado para aprobar leyes orgánicas (específicamente en el caso de la Ley Orgánica del Tribunal Suprema de Justicia); se habría “interpretado” que dicha ley podría ser reformada a través de las mayorías coyunturales simples (mitad más uno) y no por mayorías calificadas.

Dichos antecedentes jurisprudenciales, (i) de “crear” un recurso de interpretación de la Constitución que no apareciera regulado en la propia Carta Magna; (ii) de “permitir” la reforma de una Ley Orgánica sin contar con la mayoría calificada –contrariando la propia letra de la Constitución–; (iii) habrían permitido a que un Parlamento (otra vez con mayoría simple del oficialismo) hubiera reformado una ley así importante como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

para incorporar (receptar) el mismo “recurso” de interpretación de la Constitución que la Sala había creado; solo que esta vez, aclara mejor que se trata de una verdadera «demanda» que regula así: “art. 255 (...) núm. 17. Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.

Lo desarrollado revela como la Sala Constitucional le sirve a un grupo político determinado que pertenece al mismo partido de gobierno. Sería una ingenuidad creer que este activismo (bueno) de la Sala Constitucional haya sido sin voluntad de ayudar a la consecución de fines políticos a determinada ideología de turno; sobre todo por el “modo” de preparar el terreno argumentativo en varios momentos. En términos generales, este tipo de activismo judicial, consciente o inconscientemente, puede estar entre aquellos donde el “interprete” persigue sus propios compromisos ideológicos. Desde la recepción legal de dicho recurso se avanzará más rápidamente en el control del resto de los poderes por parte del poder ejecutivo; disminuyendo espacios para el ejercicio de la oposición política en otros centros de poder (alcaldías, gobernaciones, parlamento) y en general, vaciando de contenido la Constitución.

#### **2.4. No puede confundirse la natural facultad de la justicia constitucional para interpretar la Constitución con la (supuesta) existencia de un recurso autónomo de interpretación constitucional**

La idea central de que el pluralismo es la premisa del Estado constitucional; requiere de un sistema que permita el ejercicio de cada una de las sensibilidades políticas mediante canales regulares y con límites. Cada órgano político tiene determinadas competencias que debe ejecutar en los límites y competencias constitucionales y legales (evitando en lo posible la discrecionalidad y arbitrariedad como consecuencia de la aplicación de sus propios criterios o cánones de valoración o creencias políticas). Pero donde hay normas, hay lagunas y contradicciones; por consiguiente, es potencialmente posible la existencia de un conflicto político como ejercicio de la democracia.



Por tanto, es importante entender que la facultad que tienen (con base a esa pluralidad) todos los tribunales de justicia constitucional deben interpretar tanto la ley como la propia Constitución (cuando se decide casos reales con determinados conflictos de intereses, donde hay que ponderar distintos preceptos y principios en “juego”); es muy distinto, cuando tal interpretación la hacen (o pretenden) los propios órganos políticos (provistos de una sola ideología entre la pluralidad política).

Y es que la interpretación constitucional en sí, constituye ciertamente una actividad “política” en sentido estricto; pero en modo alguno significa una actividad partidista y menos ideologizada.

A pesar del déficit de legitimación democrática de los órganos de justicia constitucional, entendemos que los jueces constitucionales realizan una interpretación constitucional “Política” –con mayúsculas en sentido de la pluralidad de concepciones, pero no ideologizada- desde varios puntos de vista en “equilibrio” de tendencias y sensibilidades. Paradójicamente, quienes en cambio sí tienen legitimidad democrática; ergo, los distintos actores políticos propiamente dichos en cargos de representación de sus respectivos “electores” (alcaldes, diputados, senadores, presidentes del gobierno) por su nivel de pertenencia y ascendencia con partidos políticos; se rigen por criterios ideológicos “preferentes” (respecto de otros criterios). Estos hacen interpretación constitucional “política” –con minúscula o ideologizada-; desde un solo vista según su militancia.

En el derecho comparado la justicia constitucional puede interpretar la Constitución en aquellos casos complejos o ante lagunas del propio texto constitucional y mediante determinados procesos previstos en las leyes (con participación y “defensa” de todos los agentes y órganos involucrados en determinados conflictos o asuntos). Bien distinto de lo que sucede en Venezuela, donde más allá de que la justicia constitucional pueda –ocasionalmente- interpretar la Constitución en casos puntuales; se ha venido justificando la existencia de un recurso autónomo (exclusivo) para interpretar la

Constitución (ya no con casos reales o concretos) sino de preceptos específicos (aparentemente) “abstractos” que en realidad anticipan la resolución de un problema real desde un solo punto de vista “políticamente correcto”.

## **2.5. Del uso (y abuso) del recurso de interpretación constitucional en casos reales y no abstractos**

Desde la propia creación “jurisprudencial” hasta la recepción a nivel “legal” del recurso de interpretación constitucional se puede evidenciar un aumento exponencial con aproximadamente 67 casos (Pérez Salazar, 2020, p.206); donde se han abordado respuestas a complicados asuntos y problemas estrictamente políticos –y delicados- que deberían haber sido solucionados por los propios órganos políticos mediante los distintos mecanismos de participación y control.

En este abordaje sumario mediante la interposición de recursos de interpretación constitucional, la Sala Constitucional en varios tiempos y contextos, ha venido “interpretando” varios aspectos y elementos del texto constitucional en muchos casos. Si bien tomamos los datos recopilados de obra reciente; hemos ordenado en forma distinta a los fines del presente análisis:

I. En los primeros tiempos hay varios casos relacionados con el desempeño de la primigenia Asamblea Nacional Constituyente de 1999, donde la Sala Constitucional “interpretó” distintas materias en cuanto la normativa aplicable, régimen de transitoriedad y límites respecto de otros poderes: (i) Sobre el régimen de funcionamiento del llamado Alcalde Metropolitano para “interpretar” la Ley Especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas; (ii) sobre el Decreto de la Asamblea Nacional constituyente relacionado con el ajuste de salarios para los empleados de la empresa estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA); (iii) sobre el Acto de la Asamblea Nacional constituyente respecto al quorum para la validez de las decisiones del Consejo Nacional Electoral (CNE); (iv) sobre el Acto de la Asamblea Nacional constituyente que fija salarios, sueldos



y otros emolumentos respecto a los integrantes de los consejos legislativos estatales; (v) sobre disposición transitoria primera de la Constitución y los arts. 169 y 171 del mismo texto, en cuanto la transferencia de recursos y bienes del Distrito Metropolitano al Distrito Capital (este cambio se debió desde que el Alcalde Metropolitano de la oposición ganó abiertamente las elecciones; quien hoy se encuentra en el exilio luego de haber sido detenido sin debido proceso); y, finalmente, (vi) Sobre la disposición transitoria 9 de la Constitución y de los arts. 279 y 284 del mismo texto, sobre la forma de designarse el Fiscal General de la República.

**II.** En vista de que inicialmente hubo un proceso constituyente que derivó en la aprobación de una nueva Constitución y en la nueva elección de los poderes constituidos; constan las siguientes interpretaciones: (i) En cuanto determinación sobre el inicio y terminación del período presidencial del poder ejecutivo, (a) en "interpretación" de los artículos 230 y 231 y (b) de los artículos 192, 219, 230, 231 de la Constitución; (ii) del art. 160 Constitucional en relación a la duración del período de Gobernadores de Estado; (iii) del art. 174 Constitucional sobre el inicio y terminación de Alcaldes.

**III.** Sobre las formas de participación ciudadana para activar el referéndum consultivo y/o referéndums revocatorios, se tiene que en relación de estos mecanismos contra el Presidente de la República y otras autoridades, constan la "interpretación": (i) del art. 71 Constitucional respecto del referéndum consultivo para establecer que sus resultados no son vinculantes frente a los poderes constituidos; (ii) del art. 72 Constitucional respecto al referéndum revocatorio presidencial, requisitos de procedencia, efectos y quorum de validez; (iii) de los arts. 77 y 233 Constitucionales, sobre la elegibilidad del presidente de la República frente al revocatorio que se planteó; (iii) de los arts. 72 y 233 Constitucionales con respecto a los efectos de la revocatoria del mandato del Presidente de la República sobre el Vice-presidente; (iv) del art. 72 Constitucional respecto el revocatorio contra los Alcaldes y la forma de suplirse su eventual falta absoluta; (v) de los arts. 340, 342, 345 Constitucionales en relación a los tipos de referéndums en general.

**IV.** Sobre los distintos mecanismos de revisión del texto constitucional (enmiendas, reformas o Asamblea Nacional constituyente), constan varios casos donde se "interpretó": (i) El artículo 344 Constitucional al señalar que solo basta la votación "parcial" -por parte del Parlamento- cuando la iniciativa de reforma constitucional proviene del Presidente de la República o de un grupo de electores; (ii) del art. 345 Constitucional en cuanto aprobación de la reforma constitucional; (iii) de los arts. 6, 340 y 345 Constitucionales relativos a la enmienda constitucional; (iv) del art. 340 Constitucional, donde se estableció que utilizar la enmienda constitucional para "acortar" el período del presidente de la República, es un fraude al ya existir en la Constitución un mecanismo de referéndum revocatorio previsto en el art. 72; (v) de los arts. 347 y 348 Constitucionales, sobre la iniciativa a una Asamblea Nacional constituyente por el Presidente de la República sin necesidad de convocatoria previa por consulta al pueblo ( ).

**V.** En cuanto al carácter de competencias y normativa de naturaleza y/o carácter "punitivo" del Estado (nacional o central) consta varias intervenciones:

(i) En cuanto a crímenes de lesa humanidad, primero se interpretó el art. 29 Constitucional como competencia exclusiva del Fiscal General de la República (al frente del Ministerio Público); pero después, (ii) cuando aquella titular al frente del Ministerio público -abierta admiradora del presidente Chávez- había denunciado a la Sala Constitucional por desviación de poder; esa Sala "interpretó" entonces que los arts. 49, 280, 281 y 285 Constitucionales, daban (supuestamente) competencia en delitos contra los derechos humanos (también) a la Defensoría del Pueblo (cuyo titular estaba a cargo un ex funcionario del gobierno, ex diputado y ex gobernador de Estado). En otro caso, (iii) se interpretaron los artículos 26 -tutela judicial efectiva- y 49 -debido proceso- Constitucionales respecto a la comparecencia personal en el proceso penal por el principio de inmediación.



**VI.** Frente a los preceptos constitucionales alrededor de las competencias del Parlamento, hay que distinguir que se amplían las facultades (cuando en dicha Asamblea hay mayoría o control del oficialismo) y que se limitan las mismas facultades (cuando en dicha Asamblea hay mayoría de la oposición política; sin importar que tenga mayoría calificada).

**VII.** Cuando dicho poder legislativo estaba con control o mayoría del oficialismo (se ampliaron todas las facultades); se interpretó (i) el art. 203 Constitucional en el sentido de que las leyes orgánicas se podían reformar por mayorías simples (no obstante de que la Constitución expresamente prevé un quorum reforzado calificado de 2/3 partes).

Asimismo, a solicitud del propio Presidente del parlamento y vicepresidente del partido oficialista se interpretó (ii) el art. 279 Constitucional en cuanto escogencia de mayoría “absoluta” (solo de los diputados presentes en la sesión) para designar a los titulares de los poderes del consejo moral republicano (se refiere a la designación de los titulares del Fiscal General a cargo del ministerio Público, Defensor del Pueblo, Consejo Nacional electoral y Contralor general); (iii) el art. 220 Constitucional sobre las materias tratadas para la designación (exprés) de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; que le habrían permitido al parlamento oficialista escoger a unos nuevos miembros (en sesiones extraordinarias) sin respetar los plazos correspondientes de control y oposición.

**VIII.** Cuando dicho poder legislativo ha estado bajo control o mayoría de la oposición política (inclusive, con mayoría calificada de 2/3; el rol de la Sala Constitucional ha sido limitar todas facultades legislativas y de control político del Parlamento).

(i) A solicitud del propio Presidente de la República, la Sala Constitucional interpretó el art. 237 Constitucional para (inventarse) la tesis de que la Asamblea estaba en “desacato” por supuesta violación a la doctrina de la propia Sala, en cuyo caso, anuló su poder legislativo y de control de la administración pública. Se trató

de un caso, donde la Sala Electoral suspendió la toma de posesión de los representantes a diputados por pueblos indígenas (para romper la mayoría de la oposición política que alcanzó las 2/3 partes del parlamento); y que esa decisión “cautelar”, fue ratificada por la Sala Constitucional. Cuando el Parlamento en ejercicio de la soberanía popular se negó a cumplir tal sentencia por considerar que los diputados ya habían sido “proclamados” incluso por el órgano electoral; realizó sesiones incorporando a tales diputados (representantes de los indígenas).

(ii) Que no obstante que la Constitución expresamente establece que los Decretos de excepción y de alarma dictados por el por Ejecutivo nacional, deben ser «consultados» y «aprobados» por el parlamento o Asamblea Nacional y además que la Sala constitucionalidad verificara su constitucionalidad; la Sala interpretó (contra la propia Constitución) el art. 338 CRVB, para decir que solo bastaba la aprobación de la propia Sala para darle validez a dichos decretos (lo que ha significado que el gobierno ejerza en forma de Decretos de excepción por más de 5 años desde enero de 2016 a 2020; incluyendo en la época de los Decretos de Estado de Alarma dictados desde la pandemia Covid-19) que tampoco ha sido ni consultado ni aprobado por la Asamblea.

(iii) El art. 244 Constitucional (relativo a la obligación de comparecencia de los altos funcionarios del Estado ante el parlamento para rendir Memoria y cuenta de su gestión) fue interpretado en forma contraria, para impedir la interpelación del Vicepresidente basado en el supuesto “desacato” del Parlamento.

(iv) El art. 187.24 de la Constitucional para interpretar (contra la Constitución) de que el Presidente de la República puede constituir empresas mixtas en materia petrolera, sin necesidad de aprobación por parte de la Asamblea o Parlamento.

(v) Los arts. 150, 187.9, 236.14 y 247 Constitucionales para que el Banco Central de Venezuela pueda celebrar contratos de préstamo internacional sin requerir “aprobación” de la Asamblea o parlamento (como establece la propia Constitución).



**IX.** Respecto a las "incidencias" ocurridas con la faltas temporales y luego absoluta del Presidente de la República –quien se encontraba convaleciente de salud en la Isla de Cuba, sin ninguna publicidad de sus actos, ni conocimiento sobre su estado de salud en total hermetismo gubernativo), se interpretaron respectivamente (i) el art. 231 Constitucional respecto a la falta temporales y el acto de toma de posesión. Como Chávez venía de ganar unas elecciones en diciembre y el mismo era presidente de la República en ese momento; se omitió la juramentación que conforme la Constitución debe hacerse en enero próximo (ante la Asamblea) y se inventó que no era necesaria su comparecencia "personal" bajo la tesis de la "continuidad administrativa". (ii) Del artículo 233 Constitucional donde a la muerte de Chávez, se interpretó que el Presidente encargado no debe separarse del cargo y en ese sentido se llamaron a nuevas elecciones.

**X.** Respecto la materia atributiva de protección de derechos humanos; se observa claramente la "actitud" de la Sala Constitucional (de acompañar al gobierno en todas sus ejecuciones) cuando mediante distintos recursos de interpretación constitucional abordó los siguientes temas, para finalmente "interpretar": (i) El art. 31 Constitucional para justificar la salida de Venezuela del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que reconoce la competencia contenciosa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por denuncia del pacto por parte del gobierno. A pesar de que con claridad dicho precepto prevé el derecho que tienen todos los ciudadanos de acudir a los órganos internacionales a reclamar las vulneraciones de derechos humanos; se "interpretó" (contrariamente) que no habría obligación del Estado a permanecer en órganos internacionales de DDHH, bajo el criterio de que "no es el único mecanismo de protección al cual puede acceder la sociedad". (ii) El art. 23 Constitucional (relativo a la condición de que los tratados de derechos humanos tienen rango supra constitucional); la Sala formó un criterio para explicar la inejecutabilidad de las sentencias emanadas de la Corte IDH que establecen la responsabilidad internacional del Estado. La Sala Constitucional se "inventó" la supuesta necesidad de que sea a través de un *exequatur*

(que debía "conceder" la misma Sala Constitucional) para establecer si determinada sentencia o medida emanada del SIDH es contraria o no a la Constitución.

**XI.** Respecto al ejercicio del poder y régimen de funcionamiento en los Estados (o Provincias) se encuentran varias "interpretaciones": (i) de los arts. 162 y 200 Constitucionales en cuanto a las maneras de allanamiento de las inmunidades de los legisladores o diputados de los Consejos legislativos de los estados; (ii) del art. 41 Constitucional para resolver la duda sobre la postulación a las elecciones de un Gobernador de un Estado fronterizo (no nacido en el país) pero siendo venezolano por "naturalización"; (iii) del art. 162 Constitucional sobre las formas de determinar los sueldos de los diputados a los consejos legislativos estatales; (iv) de los arts. 148, 161 y 191 Constitucionales sobre las incompatibilidades de los cargos de legisladores de los consejos legislativos de los Estados; (iv) del art. 160 Constitucional respecto el vencimiento del período de los Gobernadores de un Estado; para ordenar vía obiter dictum la elección de un gobernador en particular; (v) del art. 164.10 Constitucional respecto la coordinación entre el Estado central y los estados –o provincias- respecto del régimen de administración de las carreteras; donde se exhortó a la Asamblea Nacional legislar sobre la materia en los mismos términos del fallo.

**XII.** En último grupo podemos mencionar algunas de las otras intervenciones en distintas materias tan complejas como disímiles; cuando la Sala Constitucional interpretó, (i) el art. 153 Constitucional luego de que el Presidente de la República denunciara el Acuerdo de Cartagena para justificar la salida de Venezuela; (ii) el art. 350 Constitucional para limitar el derecho ciudadano al ejercicio de la desobediencia civil; (iii) los arts. 21, 26.1 y 26.2 Constitucionales para justificar el derecho a la igualdad frente a los privilegios del Fisco nacional; (iii) de los arts. 156, 180 y 304 Constitucionales para atribuir el régimen económico de la actividad desarrollada debajo del agua; (iv) del art. 174 Constitucional respecto a la primera autoridad del régimen municipal; (v) del art. 68 Constitucional que restringió el derecho a la protesta pacífica en vías, calles y avenidas públicas,



a supuesta "autorización" de las autoridades respectivas; (vi) el art. 258 Constitucional sobre los alcances del arbitraje internacional y sobre la recurribilidad de los laudos dictados en la materia de arbitraje; y finalmente, (vii) el art. 160 Constitucional que estableció las condiciones del concubinato.

X. Para evidenciar más el sesgo "ideologizado" ejercido por la Sala Constitucional, se observa que, al contrario, cuando determinada parte de la oposición política recurre a la misma para solicitar interpretación constitucional de determinado asunto; jamás consigue alguna decisión "favorable" a su solicitud; terminando la Sala de "despachar" el asunto -para no darle trámite- por argumentos estrictamente formales. A tales fines, podemos citar las interpretaciones solicitadas por un grupo de diputados del Parlamento de la oposición política sobre los arts. 183.7 y 222 Constitucionales, donde la Sala constitucional negó darles trámite a ambos casos (Sentencias 441/2005; 74/2006).

### 3. CONCLUSIÓN

El "recurso" de interpretación constitucional no es en sentido técnico un recurso sino una acción de naturaleza no contenciosa. En este aspecto, tiene una semejanza con el recurso de interpretación de ley que estaba previsto en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que concedía competencia exclusiva a la Sala Político-administrativa.

Ese instrumento ha servido no para ampliar el ejercicio de los derechos fundamentales ciudadanos o para controlar al poder central; sino que, al contrario, para que el gobierno en ejercicio del poder ejecutivo no tenga límites reales.

La Sala Constitucional se ha convertido en un actor político más, mediante un activismo judicial (realmente ideologizado) reduciendo espacios de la oposición política.

Las anteriores líneas conclusivas nos llevan sin embargo a preguntarnos qué hacer con dicho instrumento (en un futuro) en nuestro sistema de justicia constitucional; es decir, si es conveniente mantenerlo en la forma prevista, reformarlo o proscribirlo del ordenamiento; Aunque respetamos la posición de algunos según el cual, el problema no sería propiamente la "existencia" de este tipo de recurso de interpretación constitucional; sino la interpretación constitucional con fines ideológicos.

Pero mientras se da este debate, se hace urgente solucionar previamente el tema de la "desviación" de la justicia. Contar con un Tribunal Supremo de Justicia realmente autónomo e independiente que garantice el control del poder político del circuito gobierno-poder legislativo (de cualquier orden e ideología) para una auténtica competencia en la división (necesaria) de los poderes; que conceda legitimidad al (futuro) sistema de justicia constitucional con la renovación consensuada y transaccional de los miembros de la Sala Constitucional.

Superado esto, queda por resolver qué hacer con este tipo de "instrumento" (recurso de interpretación constitucional) mediante un debate abierto de todas las fuerzas políticas, universidades, academias, colegios de abogados y sociedad civil en general.

Es peligroso en mantener su existencia (en cuanto su perversión en el sistema) lo que debe conducir a su proscripción para evitar más desvíos en un futuro.

Para justificar esta posición queremos plantear la interrogante sobre qué debe prevalecer:

(1) Si debe mantenerse -o no- el criterio "vinculante" de una supuesta interpretación constitucional en Sala Constitucional (que "creó" el recurso de interpretación constitucional y que, además, por medio de otro recurso de interpretación constitucional igualmente "permitió" a un parlamento -que sin contar con mayoría calificada de 2/3 partes- pudiera aprobar una (cuestionable) Ley Orgánica del



Tribunal Supremo de Justicia –donde se “incorporó” dicho recurso de interpretación constitucional.

O, (2) si debe prevalecer en puridad el sistema constitucional en el sentido que la Constitución no establece la existencia de un recurso de interpretación de la Constitución (no se deduce de las competencias atribuidas por el propio constituyente a la Sala Constitucional); lo que no impide que la Sala Constitucional pueda interpretar con carácter vinculante normas y principios constitucionales como lo prevé el propio constituyente.

Estamos en favor de esta segunda y última posición (que proscribe la existencia de este recurso); para lo cual argumentamos:

En caso de corresponder alguna decisión a una (futura) Sala Constitucional, podría anular toda –o parte– de la normativa impuesta por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia contrariamente a lo que establece la Constitución. Habiendo a su vez otro problema por el peligro que representa la posibilidad de dejar un vacío legislativo tan importante; consideramos más apropiado que esa decisión salga del seno de los órganos políticos; por ejemplo, desde el propio Parlamento; regulando lo que tengan a bien para mantener (cierta parte de dicha normativa; pero anulando expresamente aquella concerniente a la existencia del recurso de interpretación constitucional).

Al final, más allá que se elimine o no este tipo de “instrumento”, urge una (verdadera) Sala Constitucional como custodio de la Constitución, en vez que una Sala custodio de los intereses de algún partido político afín del gobierno o del parlamento.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERRIOS ORTIGOSA, Juan A (2013). El juez constitucional y la política en Venezuela, en: Jesús María Casal; María Gabriela Cuevas (Coordinadores), Desafíos de la República en la Venezuela de hoy, Homenaje al Dr. Guillermo Andueza, Konrad Adenauer Stiftung, Venezuela, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, t.II, 2013.

GUASTINI, Riccardo (2007). Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Instituto de investigaciones jurídicas, Unam, Mínima Trotta, Madrid.

KENNEDY, Duncan (2010). Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, colección derecho y política, cap.2, siglo veintiuno editores, Madrid.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo (2020). Diálogo jurisprudencial en Venezuela, colección monografías, nro.13, Centro para la integración y el derecho público, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2020.

PETIT GUERRA, Luis Alberto (2011). Activismo o garantismo. ¿Contrarios o complementarios?, en: AA.VV., Derecho procesal constitucional, E. Velandia (Coord.), Vc Editores Ltda., t.II, vol.1, Bogotá.

PIZZORUSSO, Alessandro (1996). Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale, in: M. Bessone (a cura di), Diritto giurisprudenziale, Torino.

SAGÜES, Néstor Pedro (2006). La interpretación judicial de la constitución, Ed. Lexis Nexis, 2ª ed., cap.III. Buenos Aires.

SERRANO, José Luis (1999). Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, editorial Trotta, Madrid.



## INNOVACIONES PROCESALES: CONTROL DE LEGALIDAD EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DEL RECURSO DIRECTO DE NULIDAD



***Paul Enrique Franco Zamora***

*Congregar a varios exponentes del Derecho Procesal Constitucional y la generosa asistencia de partícipes; por innovaciones procesales, el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional, MSc. Paul Enrique Franco Zamora, disgregó conceptos respecto a la competencia, incompetencia manifiesta, teoría de la usurpación de funciones, así como la nulidad de actos jurídicos; ergo, la tipología de nulidades -admitidas por el Derecho- pueden legislarse y constitucionalizarse, tal es el caso boliviano en el que la Ley Fundamental patria proscribió diferentes acepciones de recursos y demandas que versan sobre la nulidad, tanto a nivel de la Jurisdicción Ordinaria (art. 184) y Agroambiental (art. 189) como Constitucional (art. 202).*

*En las conclusiones de la ponencia magistral, Paul Franco, replicó "...es evidente que el recurso directo de nulidad ante la Jurisdicción Constitucional representa una importante innovación procesal boliviana, en lo que respecta al ejercicio del control competencial del poder público como una influencia de la Constitución Política del Estado en las relaciones políticas, lo cual (...) es una de las condiciones que permite determinar el grado de constitucionalización de un ordenamiento jurídico...".*



## 1. INTRODUCCIÓN

### Nociones preliminares de competencia e incompetencia manifiesta

En términos generales, la instauración de un Estado Constitucional de Derecho impone la exigencia de mecanismos normativos, que garanticen un ordenamiento jurídico libre de arbitrariedades. En la práctica administrativa, las autoridades del poder público sostienen conductas que invaden la esfera competencial, sin embargo, apartarse de los márgenes de validez de los actos jurídicos puede ofuscar una actuación objetiva, incurriéndose -inclusive- en su nulidad de pleno derecho.

Conceptualmente, la competencia atinge la facultad de un órgano estatal, munido de actuación válida en entornos jurídicos; esta apreciación, ajusta aún más la esencia de la competencia que detenta la autoridad pública, toda vez que las específicas atribuciones conferidas por la ley (norma jurídica) representa el presupuesto habilitante, a efectos de otorgar validez en la actuación de un Poder Público y su correcto ejercicio. En rigor, con criterio académico, la relevancia de la competencia implica:

*"...esa atribución de potestad a cada órgano, se realiza mediante el derecho objetivo que, en último término, responde al interés público..."* (Picón Arranz, 2018).

Específicamente, al vincularse el contexto público puede justificarse la necesidad de limitar el exceso del poder, en cualquier autoridad estatal; empero, cuando surgen invasiones en otros poderes del Estado o la usurpación de atribuciones administrativas, se ingresa en el espacio de la incompetencia como un vicio. Ergo, acorde a la doctrina constitucional en boga, escenificada por el profesor Alberto Picón:

*"...entre todos los vicios del acto, la incompetencia es el más pernicioso para el sistema, pues supone una violación de las normas más elementales que reparten -y en consecuencia limitan- el poder de los entes públicos..."* (Picón Arranz, 2018).

Así, los modelos teóricos en la materia refieren, por una parte, la invasión competencial entre instancias públicas; entonces, las previsiones de los textos constitucionales contemplan que la estructura u organización del poder público pueda dividirse a través de órganos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral). Este reparto normativo de funciones afianza la mística de la competencia, pues, si uno de ellos irrumpe hacia el otro se produce el vicio de incompetencia manifiesta. Y, por otra, cuando los supuestos apuntan a una persona que dicta un acto sin la habilitación expresa de la norma, la conducta se adecua a la usurpación de funciones; en este último caso, varias legislaciones adoptan la cita figura jurídica como tipo penal regulado en los apartados sustantivos.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. Teoría de la usurpación de funciones

Si bien la usurpación de funciones forma parte del Derecho Administrativo, existen corrientes jurídicas que la asocian -estrechamente- al ámbito del Derecho Penal, caracterizándolo como aquella conducta delictiva enmarcada en el cúmulo de delitos contra la Administración Pública, cuya naturaleza es eminentemente romanista, acogida -en lo posterior- por la legislación francesa e italiana.

De allí, el sistema normativo penal enfoca la usurpación de funciones en dos sentidos; el primero, encuadra aquellas personas que no fuesen nombradas o asignadas para ejercitar un cargo público adecuándose -su actuar- a una flagrante usurpación y, la segunda, en situaciones en las que el servidor público nombrado, a pesar de cesar en sus funciones, ser destituido o removido actúa usurpando atribuciones, o lo que se denomina penalmente bajo el nomen *iruis* de modalidades de usurpación.



## 2.2. La nulidad de actos jurídicos

Del glosario propuesto por el jurista Cabanellas, se colige que la nulidad constituye:

*"...la falta de condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley..."* (Cabanellas de Torres, 2015).

En sentido lato, la tipología de nulidades -admitidas por el Derecho- pueden legislarse y constitucionalizarse, tal es el caso boliviano en el que la Ley Fundamental patria proscribió diferentes acepciones de recursos y demandas que versan sobre la nulidad, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria (art. 184) y agroambiental (art. 189) como constitucional (art. 202).

Teóricamente, subsiste una clasificación de nulidades, a nivel relativo y absoluto, que -generalmente- está inmersa en el campo del Derecho Civil, pues hallan dependencia en las relaciones jurídicas y requisitos del acto propiamente dicho; pero, en el ámbito jurisdiccional constitucional, entendemos que se instrumentaliza una sanción de nulidad hacia los actos de autoridades públicas sin jurisdicción y competencia, una consecuencia jurídica de la inobservancia del principio competencial.

De esta forma, se sobreentiende que los abusos del poder público emplazaron la positivización de un instrumento de defensa (verbigracia, el Recurso Directo de Nulidad), destinado a reducir los excesos de las autoridades gubernamentales, por cuanto:

*"...los órganos del Estado -incluidos ciertamente los administrativos, desde el propio Presidente (...) hasta el más inferior de los órganos dentro de la escala jerárquica de la Administración del Estado- actúan válidamente sólo en la medida de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que tengan más atribuciones que aquellas que*

*expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución y las leyes..."* (Soto Kloss, 1992).

Establecida esta puntualización, la teoría de las nulidades abarca diferentes disciplinas jurídicas del Derecho Público o Privado, desde el escenario penal, administrativo, civil, hasta constitucional; por ello, en la medida en que la potestad no emerja de la norma jurídica, nos localizaremos ante una figura de vicio de incompetencia manifiesta y usurpación de funciones, que deparan en una nulidad absoluta, a razón de que la autoridad constitucionalmente legitimada invade la esfera de otro poder público o, puede darse el caso, que sin respaldo legal asume una investidura que no le compete.

## 2.3. Antecedentes históricos del Recurso Directo de Nulidad (RDN)

La doctrina del Derecho Constitucional es uniforme al concebir que la Constitución Política del Estado es la fuente de legitimidad del poder y del Derecho (Durán Ribera, 2005, pág. 121); al referirnos al Derecho, se hace directa alusión al ordenamiento jurídico vigente que encuentra su fuente de validez en lo preceptuado en la Constitución Política del Estado, de esta manera es que la organización jurídica de un pueblo no puede prescindir del principio de legalidad como un pilar para asegurar la estructura del poder legítimo: su organización y distribución, y sus limitaciones de actuación.

Es innegable la relevancia constitucional de garantizar en la medida de lo posible el principio de legalidad, cuyo único límite es el principio de supremacía constitucional, puesto que garantiza la estabilidad del sistema a través del principio de seguridad jurídica y consolida el modelo de Estado de Derecho constitucionalmente pactado.

En ese sentido, se tiene que es el propio ordenamiento jurídico el que dota de validez a los actos jurídicos de los servidores públicos, los cuales se deben enmarcar en las atribuciones y competencias que les fueron constitucional o legalmente otorgadas; por lo que, cualquier



acto jurídico de un servidor público que no se encuentre justificado en sus atribuciones y competencia, ya sea que represente el ejercicio del poder público en algo que no se tenga previsto o usurpe las atribuciones y competencia de otro servidor público, es peligroso por ser un actuar potencialmente enervador del ordenamiento jurídico vigente y -por tanto- contrario a los principios de legalidad y seguridad jurídica, los cuales son pilares fundamentales del Estado de Derecho emergente del pacto social traducido en la Constitución Política del Estado.

Es necesario hacer una distinción entre la garantía constitucional de la nulidad de todo acto emitido por servidor público que usurpe funciones que no le competen, así como los actos de los que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley, de lo que es el recurso como mecanismo procesal para lograr la materialización de dicha garantía constitucional; el primer antecedente constitucional de la referida garantía lo encontramos en el art. 33 de la Constitución Política del Estado de 1871 y se replicó en los textos constitucionales hasta la actualidad; siendo que, en ese entonces la garantía se materializaba a través del recurso directo de nulidad tramitado de acuerdo al procedimiento civil ante la justicia ordinaria.

Como primer antecedente constitucional del recurso directo de nulidad como tal, se tiene que el art. 140 de la Constitución Política del Estado de 1938 establecía que a la justicia ordinaria le correspondía resolver este tipo de recursos contra todo acto o resolución de autoridad pública que no fuese judicial, en el entendido de que por disposición expresa del art. 27 de la misma Ley Fundamental, eran nulos los actos de los que usurpan funciones que no les competían, así como los actos que ejercían jurisdicción o potestad que no emane de la ley; este precepto constitucional se mantuvo con modificaciones irrelevantes en las reformas constitucionales realizadas en los años 1945, 1947, 1961 y 1967, y tuvo hasta hace poco su desarrollo legislativo en los arts. 768 al 774 del Código de Procedimiento Civil -abrogado- Decreto Ley 12760 de 6 de agosto de 1975, elevado a rango de ley por la Ley 1760 de 29 de febrero de 1997- modificado por la Ley 1760 de 28 de febrero de 1997.

Se debe considerar que el justificativo de incluir el recurso directo de nulidad como atribución de la justicia ordinaria no fue otro que instituir la posibilidad del control judicial de legalidad respecto a los actos jurídicos emanados por autoridades del entonces Poder Ejecutivo, como un elemento que permitía corregir aquellas decisiones que representaban un uso arbitrario, excesivo, irracional y desviado del poder público en detrimento de la población o sectores de la misma, materializándose en un elemento importante del sistema de pesos y contra pesos entre los poderes públicos; durante la evolución de los ordenamientos jurídicos, dicho recurso fue asimilado por las disposiciones normativas adjetivas en materia administrativa, permitiendo la nulidad o anulabilidad de todo acto administrativo emitido sin competencia o usurpando la de otro servidor público, conforme se tiene regulado actualmente en la Ley de Procedimiento Administrativo -Ley 2341 de 23 de abril de 2002-.

No fue hasta la reforma de 1994 a la Constitución Política del Estado de 1967, que en su art. 120.6, al momento de crear en Bolivia el -entonces- Tribunal Constitucional, se le concedió la atribución de conocer y resolver los recursos directos de nulidad interpuestos contra todos los actos de autoridad pública mediante los cuales se usurpan funciones que no le competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley; es decir, se le otorgó a la jurisdicción constitucional la posibilidad de ejercer el control de legalidad contra actos de funcionarios públicos en el caso de usurpación de funciones y el ejercicio de jurisdicción o potestad que no emane de la ley, al igual que la jurisdicción contencioso administrativa ejercida por la justicia ordinaria; lo cual fue mantenido en la reforma constitucional de 2004.

Lo referido mereció desde un comienzo críticas por parte de los doctrinarios del Derecho Procesal Constitucional boliviano, llegando a afirmar que:

*"Este recurso, en esencia no corresponde al ámbito de control de constitucionalidad sino al de control de legalidad, por cuanto se trata de un medio jurisdiccional reparador frente a un acto o*



*resolución ilegal emanada de una autoridad o funcionario público que usurpa funciones o ejerce jurisdicción que no emana de la ley; en consecuencia, consideramos que no debiera formar parte de las atribuciones del Tribunal Constitucional cuya función es el de ejercer el control de constitucionalidad"* (Rivera Santivañez, 2001, pág. 343).

Dicha atribución constitucional del entonces Tribunal Constitucional fue desarrollada por la Ley del Tribunal Constitucional -Ley 1836 de 1 de abril de 1998-, que reguló el procedimiento a seguirse durante la tramitación del recurso directo de nulidad ante la jurisdicción constitucional; siendo que, por la misma Ley se derogaron todas las disposiciones normativas procesales civiles al respecto, dado que la justicia ordinaria ya no tenía la competencia emanada de la Ley Fundamental para conocer dicho recurso.

#### 2.4. Naturaleza jurídica y alcances del RDN

Con la Constitución Política del Estado de 2009 (CPE) se configura el nuevo modelo del Estado Plurinacional de Bolivia, cuyo guardián de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales y garantías constitucionales vino a ser el Tribunal Constitucional Plurinacional que tiene entre sus atribuciones la de conocer y resolver los recursos directos de nulidad (art. 202.12 de la CPE); en un primer momento, esta atribución fue desarrollada por el legislador en los arts. 157 al 163 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional -Ley 027 de 6 de julio de 2010-, disposiciones que posteriormente fueron derogadas por el Código Procesal Constitucional (CPCo) -Ley 254 de 5 de julio de 2012-, quedando la tramitación del recurso directo de nulidad regulada por los arts. 143 al 148 de este último Cuerpo Legal.

Cabe resaltar que hasta el momento en el Derecho Constitucional Procesal comparado no se encuentra precedente igual al recurso directo de nulidad, siendo un caso singular del caso boliviano, esto debido a que -como se señaló en el anterior acápite- en otros ordenamientos jurídicos el recurso de nulidad se considera propio

del control de legalidad en materia administrativa y es resuelto por la justicia ordinaria (Tapia Pinto, 2014, pág. 767).

En lo que respecta a la garantía constitucional de nulidad de todo acto emitido por servidor público que usurpe funciones que no le competen, así como los actos de los que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley, esta se encuentra actualmente consagrada en el art. 122 de la CPE.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional (SC 0020/2004 de 4 de marzo y la SCP 0061/2015 de 16 de julio) fue uniforme al delinear la naturaleza del recurso directo de nulidad, en el sentido de que es una acción jurisdiccional reparadora que es conocida y resuelta directamente por el Tribunal Constitucional Plurinacional, la cual consiste en el control de legalidad sobre los actos o resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales, que usurpan funciones que no les competen a través del ejercicio de una función sin tener título o causa legítima para ello (ilegítimo), como también el ejercicio de una jurisdicción o potestad que no emane de la CPE o la ley, enmarcándose dentro de su función de ejercer el control competencial del poder público; asimismo, se entendió que también procede cuando estando reconocida la función a un determinado servidor público, ya hubiera expirado su período de funciones o estuviera suspendido del ejercicio de las mismas por algún motivo legal.

La característica de que el recurso directo de nulidad tenga como objeto el control de legalidad encuentra su respaldo legal en el art. 143 del CPC, que dispone lo siguiente: *"El recurso Directo de Nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de los actos de Órganos o autoridades públicas que usurpan funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la ley"*, permitiendo la materialización de la ya referida garantía constitucional de nulidad contenida en el art. 122 de la CPE: *"Son nulos los actos de las personas que usurpan funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley"*. Posteriormente, las causales para la activación del recurso directo de nulidad fueron



moduladas, en el entendido de que solo es posible la observación de la competencia de autoridades administrativas en tanto las mismas estén vinculadas al ejercicio de una función, potestad o jurisdicción no reconocida por la Constitución Política del Estado (SCP 0265/2012 de 4 de junio).

Para diferenciar el recurso directo de nulidad de otros procedimientos de control competencial y normativo de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional estableció claramente que dicho recurso solamente procede contra actos de carácter decisorio y no así contra normas de carácter general y abstracto ((AC 0107/2012-CA de 27 de febrero; AC 0065/2014-CA de 24 de febrero, AC 0432/2014-CA de 18 de noviembre; y, AC 0107/2012-CA de 27 de febrero), lo cual lamentablemente no guarda correspondencia con la definición legal de acto contenida en el art. 144 del CPCo, de donde se puede interpretar que dicho recurso procede contra 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.

También es de importancia para delimitar el alcance del recurso directo de nulidad, tener claridad en los efectos de la Sentencia Constitucional Plurinacional que lo resuelva en el fondo; según el art. 148 del CPCo., existen dos posibles efectos, el primero es que sea declarado infundado, imponiéndose costas y multa a la parte recurrente, y el segundo es que sea fundado, determinándose la nulidad de la resolución o acto recurrido y disponiendo de oficio la remisión de los antecedentes al Ministerio Público con el objeto de que sea investigado y sancionado el servidor público responsable.

## **2.5. Reglas de Admisibilidad del RDN**

El art. 145 del CPCo., establece que tiene legitimación activa para interponer el recurso directo de nulidad toda persona natural o jurídica, así también el Defensor del Pueblo; vía jurisprudencia constitucional también se reconoció la legitimación activa de la Procuraduría General del Estado para interponer este recurso en

defensa de los intereses del Estado, conforme a sus atribuciones constitucionalmente consagradas.

La jurisprudencia constitucional también precisó que es necesario para la admisibilidad del recurso directo de nulidad que la persona recurrente necesariamente debe demostrar ser agraviada en sus derechos o intereses legítimos por el acto recurrido (AC 0005/2002-CA de 9 de enero y SCP 1182/2014 de 10 de junio); y, aparte de cuestionar la competencia de un órgano o autoridad pública, para el caso de usurpación de funciones también debe precisar a qué autoridad y órgano le corresponde la competencia (AC 0446/2014-CA de 4 de diciembre).

Entre las causales de improcedencia reglada previstas en el art. 146 del CPE, se tiene que no es posible activar el recurso directo de nulidad ante lesiones al debido proceso ni contra resoluciones dictadas por las autoridades judiciales, excepto cuando hubieran sido dictadas después de haber cesado o hayan sido suspendidas en el ejercicio de sus funciones a causa de un proceso administrativo disciplinario en su contra, siendo esta última previsión aplicable también a las demás autoridades (administrativas); estas causales de improcedencia encuentran su justificación en delimitar al ámbito de tutela de la acción de amparo constitucional para el caso de la vulneración del debido proceso de lo que es el recurso directo de nulidad, de ahí que también la jurisprudencia constitucional entendió que la vulneración a garantía al juez natural tampoco puede ser atendida vía recurso directo de nulidad, sino a través de la acción tutelar correspondiente (SCP 0061/2015 de 16 de julio).

Por otra parte, también se entendió que la revisión de los requisitos de admisibilidad del recurso directo de nulidad no solamente puede ser realizada por la Comisión de Admisión, ya que se puede declarar su improcedencia ante la falta de dichos presupuestos con posterioridad y sin ingresar al fondo (SCP 1013/2012 de 5 de septiembre).



Otra regla de improcedencia no reglada creada a partir de la jurisprudencia constitucional está referida a la sustracción del objeto procesal del recurso directo de nulidad; siendo que, este recurso carece de objeto procesal cuando la resolución o acto cuya nulidad se pretende ya no tiene vigencia por haber sido dejado sin efecto, o desaparecido por voluntad de la autoridad recurrida o por otra competente hasta antes de la notificación con el recurso a la autoridad recurrida. (SCP 2192/2013 de 25 de noviembre); asimismo, para este recurso también se regló vía jurisprudencia su improcedencia por consentimiento del recurrente, entendiendo que solamente procede mientras el mismo no haya reconocido, de forma expresa o tácita, la competencia de la autoridad pública cuya competencia se cuestiona (SCP 1965/2014 de 29 de octubre).

Asimismo, sin significar una aplicación del principio de subsidiariedad en los recursos directos de nulidad, vía jurisprudencia constitucional también se entendió racional la exigencia -como requisito de admisibilidad- de que el recurrente haya acudido previamente ante la autoridad que emitió el acto cuestionado, reclamando la usurpación de funciones o su emisión fuera de los casos previstos por la ley, a objeto de que sean las mismas autoridades públicas las que tengan la oportunidad de reparar esa situación y además no se activen mecanismos paralelos (SC 0035/2016 de 15 de mayo; AC 0040/2013-CA de 21 de febrero; y, AC 0083/2013-CA de 19 de marzo).

Es preciso también indicar que se rechazaron recursos directos de nulidad, por falta de fundamentos-jurídico constitucionales, descrito en el art. 27.II inc. c) del CPCo., entendiendo dicho razonamiento en que:

*"...uno de los requisitos de admisión del recurso directo de nulidad es la existencia de contenido jurídico-constitucional; de manera que para admitir los recursos directos de nulidad, la Comisión de Admisión debe establecer la existencia del fundamento jurídico sobre la resolución o acto recurrido que dé mérito a una resolución de fondo, aún en el caso de que el recurso directo de nulidad sea una acción*

*de control de legalidad; vale decir que, el fundamento debe basarse únicamente en la falta de jurisdicción y competencia de la autoridad recurrida respecto al acto o resolución cuya nulidad se demanda."* (AC 669/2004-CA de 8 de diciembre). En ese sentido, evidenciada la falta de fundamento jurídico-constitucional, pues -se reitera- "tratándose del recurso directo de nulidad, dicha fundamentación debe ser tendiente a demostrar la falta, cesación o usurpación de competencia, con relación al acto o resolución impugnados de nulos, especificando la norma en la cual sustenta su argumento, precisando, además, -en los casos que corresponda-, a qué autoridad se usurpó la competencia..." (AC 187/2006-CA de 20 de abril).

Finalmente, por disposición del art. 147 del CPCo., una vez admitido el recurso directo de nulidad, desde el momento en que la autoridad recurrida es notificada con el mismo, queda suspendida su competencia con relación al caso concreto, siendo sancionada con nulidad de pleno derecho toda disposición que dicte con posterioridad.

## **2.6. El derecho al juez natural en su elemento competencia y su tutela a través de la acción de amparo constitucional**

El Tribunal Constitucional de Transición, conforme la SC 0099/2010-R, detalló que el juez natural como elemento del debido proceso, con relación a la usurpación de funciones que no estén establecidas por ley, ejercicio de potestad administrativa que no emane de la ley, resoluciones judiciales emitidas en ejercicio de Jurisdicción que no emane de la Ley o pronunciadas por autoridad jurisdiccional suspendida en el ejercicio de sus funciones o que hubieren cesado en las mismas, se encuentra resguardado -específicamente- por el recurso directo de nulidad, entendimiento que fue reiterado durante las gestiones 2011 y por el Tribunal Constitucional Plurinacional, acorde las SSCCP 0065/2012, 0120/2012, 290/2012.



Más tarde, la SCP 0693/2012 cambió ese precedente; el derecho al juez natural, en su elemento competencial, se tutela a través de la acción de amparo constitucional y no acudiendo al recurso directo de nulidad, esta Sentencia indicó que:

“...1) El recurso directo de nulidad únicamente procede contra nulidades expresamente establecidas en la ley, en cambio la acción de amparo constitucional se activa por la lesión o amenaza de lesión a derechos fundamentales, de forma que incluso no esté prevista una nulidad puede dejarse sin efecto una resolución en atención a la vulneración cierta y real de derechos y su relevancia constitucional en un caso concreto.

2) La referida desfragmentación del juez natural ignoró que el recurso directo de nulidad, no se rige por el principio de subsidiariedad por lo que a diferencia de la acción de amparo constitucional y conforme se extrae de su propia denominación para su planteamiento no requiere agotar las instancias intra-procesales, pero a la vez este recurso, no puede ser sustitutivo de los recursos intra-procesales ordinarios (AC 0293/2010-CA de 27 de septiembre) generándose una paradoja.

Por lo expuesto, corresponde unificar al juez natural y su tutela a través de la acción de amparo constitucional de forma que en los procesos judiciales y administrativos todo acto sin competencia o jurisdicción que puedan afectar al juez competente como elemento del juez natural debe tutelarse por los recursos ordinarios previstos por el legislador y agotados los mismos, siempre y cuando exista vulneración a derechos y garantías mediante acción de amparo constitucional y no por el recurso directo de nulidad, lo contrario afectaría las competencias naturales de los jueces y autoridades naturales competentes entendimiento que por el principio *pro actione* y de favorabilidad deberá aplicarse a los casos en tramitación’.

De todo lo anotado puede concluirse que si bien es cierto que ahora la jurisprudencia permite la tutela de la garantía del juez natural, en su elemento competencia, como parte del debido proceso, a través de

la acción de amparo constitucional; dicha tutela sólo será aplicable siempre y cuando exista y se compruebe la vulneración de derechos fundamentales y la relevancia constitucional correspondiente en relación al caso concreto; pues, la simple activación de una acción tutelar de esta naturaleza para revisar la competencia de una autoridad judicial o administrativa, no se justifica sin que se demuestre previamente la lesión o amenaza de lesión cierta y real de derechos fundamentales o garantías constitucionales; ya que, debemos recordar que la esencia misma de la acción de amparo constitucional, como se mencionó precedentemente, es la de ser un mecanismo de protección eficaz e inmediato de los derechos fundamentales contra los actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos o personas individuales o colectivas, que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley. Por lo que, necesariamente, para activar la tutela que brinda esta acción frente a una supuesta vulneración de la garantía del juez natural, se deberá cumplir el requisito referido y a partir de éste además expresar la relevancia constitucional existente respecto al caso concreto...”.

El referido precedente ha sido uniforme en cuanto a la comprensión y conceptualización, tal es así que el AC 0179/2019-CA de 23 de julio, en la sustanciación de un recurso directo de nulidad en su *ratio decidendi*, señaló que:

“...los argumentos de los recurrentes, denotan la supuesta lesión de los derechos al juez natural y al debido proceso, por cuanto se denuncian supuestas irregularidades cometidas dentro de un proceso administrativo por parte del Secretario Municipal, quien a decir de los recurrentes es incompetente para resolver los recursos jerárquicos que plantearon. Irregularidades que debieron ser reclamadas ante la misma autoridad pública que consideran incompetente, para posteriormente, en caso de que persista la lesión de sus derechos fundamentales, acudir a la vía constitucional a través de la acción de amparo constitucional, toda vez que el recurso directo de nulidad no procede para reclamar supuestas infracciones al debido proceso en su



*elemento al juez natural competente..."*, fundamento con el que de declaro la improcedencia del recurso directo de nulidad.

La SCP 0810/2019-S4 de 12 de septiembre, denegó la tutela, en la que el accionante denunció que las autoridades demandadas fueron elegidas en una Asamblea General de los trabajadores de la UMSA de manera apócrifa, para conformar el Comité Electoral y posteriormente, emitir Convocatoria a Elecciones Sindicales 2018-2020; ante esas circunstancias los impetrantes de tutela decidieron abstenerse de participar en dicho proceso electoral para no darle legitimidad al mismo; a lo que solicitan que se anulen las mismas y se procedan a convocar a nuevas elecciones transparentes. Esta Sentencia haciendo uso de la SCP 0693/2012 indico que una acción de amparo constitucional puede tutelar cualquier vulneración al Juez natural, incluyendo aquellos que cuestionan la competencia de las autoridades demandadas, empero en ese caso, no hubo ningún proceso administrativo que hubiera sido abierto por los accionantes, ya que no demostraron haber reclamado o impugnado el curso del merituado proceso electoral, y se limitaron a mantenerse al margen del mismo, por lo que la jurisprudencia contenida en la SCP 0693/2012, es aplicable al caso concreto, concluyéndose que la acción planteada buscando la nulidad del proceso electoral que no es procedente; por lo que, se denegó la tutela solicitada.

La SCP 0364/2019-S4 de 18 de junio, indicó que la entonces Directora a.i. del INRA, remitió un informe legal, en el que claramente se advierte a las autoridades demandadas éstas no tenían jurisdicción ni competencia para juzgarla, menos aún para anular resoluciones del INRA; empero, se hizo caso omiso de tal informe, por lo que no se trató de un acto jurisdiccional, sino de un acto de hecho arbitrario e ilegal, que no se constituye en un proceso jurisdiccional, que vulneró el principio de seguridad jurídica, ya que las autoridades demandadas no se sujetaron a reglas claras, precisas y determinadas ni en la Constitución Política del Estado ni las leyes, lesionando de esa manera el debido proceso y el derecho a la defensa, como el principio de la seguridad jurídica.

Asimismo, el AC 0309/2018-CA de 1 de octubre declaró la improcedencia de un recurso directo de nulidad expresando que el recurrente denunció la lesión al debido proceso, alegando que dentro del proceso ejecutivo que se siguió en su contra las autoridades judiciales actuaron sin competencia puesto que por mandato del art. 10 del CPC, no debió tramitarse el proceso en la ciudad de Cochabamba, sino en La Paz, empero no se considera que el cuestionamiento a la competencia de la autoridad judicial debió ser reclamado dentro del referido proceso ejecutivo, a tratarse de cuestiones que están relacionadas al derecho al debido proceso, siendo improcedente su reclamo por el recurso directo de nulidad, además que en todo caso, cuando se cuestiona las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales a través del recurso de nulidad, corresponde solo cuando las mismas hubieran dictado sus resoluciones después de haber cesado o ser suspendida del ejercicio de sus funciones.

### 3. CONCLUSIÓN

Es evidente que el recurso directo de nulidad ante la jurisdicción constitucional representa una importante innovación procesal boliviana en lo que respecta al ejercicio del control competencial del poder público como una influencia de la Constitución Política del Estado en las relaciones políticas, lo cual -a criterio de Riccardo Guastinni- es una de las condiciones que permite determinar el grado de constitucionalización de un ordenamiento jurídico (Guastini, 2003); de esta manera, el recurso directo de nulidad es un mecanismo procesal constitucional reparador que permite materializar la garantía constitucional que sanciona con nulidad todo acto de poder público emitido usurpando funciones o en ejercicio de una jurisdicción o potestad que no emane de las leyes, procurando desde la jurisdicción constitucional el respeto de los principios de legalidad y seguridad jurídica, pilares fundamentales del Estado de Derecho.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asbún Rojas, J. (2003). *Recurso Directo de Nulidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santa Cruz de la Sierra: El País.
- Araujo Juárez, J. (2009). *Teoría de las nulidades del acto administrativo*. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Cabanellas de Torres, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Coronel Jones, C. & Del Bruto Andrade, O. (2013). nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en el Derecho Ecuatoriano. *Revista de Derecho. Ius Humani*.
- Durán Ribera, W. R. (2005). *Principios, Derechos y Garantías Constitucionales*. Santa Cruz de la Sierra: El País.
- García Navarro, E. (2005). La imputación de la usurpación de funciones: Delitos contra la administración pública cometidos por particulares. XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología - Ecuador.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. *Neoconstitucionalismo(s)*, 49-74.
- Picón Arranz, A. (2018). Incompetencia manifiesta y usurpación de funciones. *Nueva Época. Comunicaciones e Iniciativas*.
- Rivera Santiváñez, J. A. (2001). *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*. Cochabamba: KIPUS.
- Soto Kloss, Eduardo. (1992). La nulidad de Derecho Público referida a los actos de la administración. Valparaíso: *Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso*.
- Tapia Pinto, I. S. (2014). Recursos ante el Tribunal Constitucional Plurinacional. En A. B. *Constitucional, Código Procesal Constitucional de Bolivia. Doctrina, Jurisprudencia Constitucional y Legislación Comparada*. Cochabamba: Kipus.

## DESAFÍOS DEL SISTEMA PROCESAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN BOLIVIA



**Fernando Bruno Escobar Pacheco**

*Uno de los aspectos más trascendentales de la historia y debate en la contribución del Derecho Procesal Constitucional, representa el fenómeno contemporáneo de la constitucionalización del ordenamiento jurídico; para el profesor Fernando Escobar, con este antecedente jurídico fueron forjados auténticos sistemas procesales de protección de derechos fundamentales, conformado por un conjunto de acciones o recursos jurisdiccionales, que -de forma especializada- conoce la jurisdicción constitucional.*

*Desde el funcionamiento del Tribunal Constitucional en 1999, ahora Tribunal Constitucional Plurinacional, se mantuvo un impacto latente en toda esfera jurídica, a más de una expectativa en el sistema judicial boliviano y su jurisdicción común; a entender de Escobar, "...este relacionamiento de la justicia constitucional con la justicia ordinaria ha sido de gran valor para el Derecho Boliviano, (...) se ha generado una cultura constitucional en, prácticamente, todas las autoridades jurisdiccionales del país..."; máxime,*



*en autoridades y juzgadores se enraizaron prácticas más recurrentes de acudir al texto de la Constitución o meditar las reglas del debido proceso, antes de dictaminar la resolución (sea de orden judicial o administrativo), lográndose un sistema de administración de justicia pronta, oportuna y eficiente.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más importantes, sin duda de la historia y de la actualidad del Derecho Procesal Constitucional es el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Con este fenómeno contemporáneo de irrupción, se ha generado a nivel internacional y nacional auténticos sistemas procesales de protección de derechos fundamentales.

El sistema procesal de protección de derechos fundamentales está conformado por un conjunto de acciones o recursos jurisdiccionales, que conoce de manera especializada la justicia o la jurisdicción constitucional; y que tienen por finalidad procurar la tutela de los derechos fundamentales.

Desde que el Tribunal Constitucional comenzó a funcionar en Bolivia en 1999, generó un impacto innegable sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, y en especial sobre el Sistema Judicial, o “jurisdicción ordinaria o común” como así denominó la célebre Sentencia Constitucional<sup>93</sup> (SC) 1846/2004-R.

Este relacionamiento de la justicia constitucional con la justicia ordinaria ha sido de gran valor para el Derecho boliviano, puesto que se ha generado una cultura constitucional en prácticamente todas las autoridades jurisdiccionales del país, al mismo tiempo se han enraizado prácticas cada vez más consolidadas de leer la Constitución o de tomar en cuenta el debido proceso antes de emitir un fallo administrativo o judicial.

No cabe duda respecto al aporte del Tribunal Constitucional de Bolivia en la construcción de un sistema de justicia más sólido y robusto. Sin embargo, la interrelación entre justicia constitucional

<sup>93</sup> Al respecto, la SC 1846/2004-R de 30 de noviembre, determinó: “Si bien la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser labor de la jurisdicción común, corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico”.



y justicia ordinaria se pueden, o se deben dar algunos pasos importantes para tener un Sistema Judicial más eficiente.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

Es importante hacer referencia a la existencia de algunos aspectos sensibles en la relación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, a efectos de hacer algunos planteamientos posteriores de cómo esa relación podría mejorar.

Al respecto, se debe tomar en cuenta dos aspectos relevantes: 1) Los problemas adjetivos; y 2) Los problemas sustantivos.

### 2.1. Sobre los problemas adjetivos, he podido identificado los siguientes aspectos, 1 en la ejecución de fallos constitucionales, y 2 ante la existencia de vías paralelas

#### i) En cuanto a la ejecución de fallos constitucionales

En virtud de los arts. 129.V de la Constitución Política del Estado (CPE) y 40.I del Código Procesal Constitucional (CoPC), la ejecución de los fallos de los jueces y Tribunales de garantías se debe realizar de manera inmediata sin perjuicio de que luego tenga que ser revisado por las Salas del Tribunal Constitucional Plurinacional. Esto en principio parece ser correcto, ya que la tutela de un derecho fundamental debe ser inmediata, y no puede demorarse, esta noción parte de una obligación internacional del Estado de garantizar la existencia de un recurso efectivo como establece el art. 2.3 inc. a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No obstante, sabemos que, si un Tribunal de garantías anula una Resolución judicial, está obligado a ordenar que se emita una nueva Resolución de manera inmediata.

Bajo esa premisa la autoridad judicial deberá expedir una nueva Resolución sin esperar que una de las Salas Constitucionales del Tribunal Constitucional revise el fallo del tribunal de garantías.

Una vez emitida la Resolución judicial ordenada por un Tribunal de Garantías, puede pasar algún tiempo hasta que una Sala Constitucional del Tribunal Constitucional emita la Resolución en revisión, la cual podría revocar la resolución emitida por el Tribunal de Garantías, esta Sentencia Constitucional emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Constitucional tiene un efecto jurídico *ex tunc*. Abriendo la posibilidad de distintos escenarios, primero, que la Sala Constitucional ordene a la autoridad judicial que emita una nueva Resolución Judicial, por haber concedido la tutela constitucional con fundamentos distintos a la Resolución del Tribunal de garantías; o segundo, que la Sala Constitucional ordene que se deje sin efecto la Resolución emitida a raíz de la tutela constitucional otorgada por el Tribunal de garantías.

En cualquiera de los casos estamos ante la disfuncionalidad de que, por un mismo proceso constitucional una autoridad judicial se puede ver obligada a emitir dos resoluciones diferentes, y si a eso sumamos la Resolución emitida ab initio y que originó el proceso constitucional, podemos llegar a casos extremos en que existan tres o más resoluciones judiciales por un mismo tema.

#### ii) La existencia de vías paralelas

Si bien sabemos que en principio conforme al art. 54 del Código Procesal Constitucional, la Acción de Amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, en la práctica existen escenarios en los cuales la Acción de Amparo Constitucional aparece como una vía paralela o alternativa de protección; para dar algunos ejemplos, tenemos a la impugnación de una Resolución emitida por una Autoridad Administrativa que paralelamente podría ser objeto de un proceso Contencioso Administrativo, la impugnación de vías de hecho en materia de desalojo; o la impugnación de incumplimientos de órdenes de reincorporación laboral.

Evidentemente, podríamos citar muchos otros ejemplos, la situación es que en muchos casos la justicia constitucional se ha visto obligada



a tutelar este tipo de escenarios por la falta de protección efectiva de parte de las vías paralelas o porque así lo ha ordenado el Legislador.

El modelo de subsidiariedad y sus excepciones debe tender a que el Amparo se constituya realmente un mecanismo procesal extraordinario de defensa, por ejemplo, lo dispuesto por el Decreto Supremo 495, de 1 de mayo de 2010, en materia de las reincorporaciones laborales demuestra un peligroso proceso de vulgarización de esta acción constitucional.

## **2.2. Sobre los problemas sustantivos**

Los problemas sustantivos, tienen que ver con la legitimidad de la determinación de criterios de aplicación de normas jurídicas infra constitucionales por parte de la justicia constitucional, y que pueden colisionar con los criterios que emanan de la justicia especializada, es decir la justicia civil, laboral, penal, etc.

Al respecto, nadie puede controvertir que existen principios que legitiman el efecto de irradiación de la Constitución en el ordenamiento jurídico, en referencia a los principios de aplicación directa, de efecto útil y de inviolabilidad de los derechos fundamentales. No obstante, también debemos preguntarnos el límite de esa aplicación sustantiva. Más aún si consideramos lo siguiente:

1. Los derechos fundamentales constituyen normas lapidarias y cuyo contenido se construye en la labor hermenéutica cotidiana;
2. Las normas de derechos fundamentales no brindan al Juzgador mayores recursos cognitivos, como en el caso de otras áreas del Derecho;
3. Bajo ese marco conceptual, todo puede entrar en la esfera de los derechos fundamentales, y no es que esté mal, es que, con ello el grado de indeterminación del Derecho aumenta y se puede llegar a construir un peligrosísimo escenario de arbitrariedad.

En ese contexto, está abierto el camino para que el Derecho Constitucional irrumpa en todas las áreas del Derecho, lo que en teoría está bien, pero es objeto de debate que no exista un esquema de delimitación claro.

En efecto en muchos casos será la jurisprudencia constitucional la que definirá el sentido con el cual se deben interpretar las distintas ramas del Derecho. Eso conceptualmente no está mal, porque obedece a un principio de supremacía constitucional; sin embargo, de nuevo estamos en el dilema, de si un Tribunal Constitucional tiene más o menos legitimidad técnica para establecer criterios jurisprudenciales de otras áreas del Derecho cuando existen Cortes especializadas para cada rama del Derecho, sobre esto es interesante citar el debate entre el Tribunal Constitucional y la Sala Social del Tribunal Supremo relativo a la estabilidad laboral para gerentes.

Nuestro ordenamiento jurídico requiere de normas que den una mayor claridad a nuestro sistema de fuentes formales, al respecto los arts. 38 y 42 de la Ley 025 determinan que la Sala Plena y las Salas Especializadas tienen la facultad de sentar y uniformar jurisprudencia. Sin embargo, el art. 203 de la CPE determina que, las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio.

En ese contexto, tenemos que identificar la mejor forma de compatibilizar una jurisprudencia especializada que no escape del control de constitucionalidad, pero que tampoco el control de constitucionalidad tutelar llegue a desvirtuar el sentido de la jurisprudencia especializada de los Tribunales.

Desde el año 2000, con el inicio de actividades por el Tribunal Constitucional, ha surgido una relación particular entre Acción de Amparo Constitucional y la jurisdicción ordinaria (sin desconocer que esta relación también se presenta con la acción de Habeas Corpus, ahora llamada Acción de Libertad).



En Bolivia, el Amparo Constitucional es una acción de defensa con reconocimiento constitucional, establecida en el art. 128 de la CPE y regulado en los arts. 51 a 57 del CoPC, como mecanismo procesal, garantía jurisdiccional para reparar escenarios de violación de derechos fundamentales o garantías constitucionales por acciones u omisión del Estado o particulares. En el plano internacional, podemos encontrar un sustento normativo a esta acción en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Un componente esencial de la Acción de Amparo Constitucional es el principio de subsidiariedad, el cual implica que se debe acreditar que no existe ningún otro medio para la protección de los derechos que se pretende proteger, salvo los casos de excepción autorizados pretorianamente y por la propia norma procesal (art. 54.II del CPCo.)

En el escenario descrito, la relación del amparo con los tribunales de las otras jurisdicciones, se da en la eventualidad en que las decisiones son irrevisables en el seno de la propia jurisdicción, principio homólogo al que sustenta el principio procesal de la cosa juzgada que, desde sus orígenes en el Derecho Romano, *res judicata*, ha sido entendido como el conjunto de efectos ligados a una decisión jurisdiccional que resulta inimpugnable e incontrovertible.

Existe en ese contexto una relación entre cosa juzgada, subsidiariedad y amparo sobre la que sin duda se pueden escribir muchas líneas, sin embargo, y sin pretender desenredar la maraña conceptual que generan estos conceptos en su aplicación cotidiana, se debe reconocer que sobre el tema de la revisión de la actividad de la jurisdicción ordinaria por parte de la jurisdicción constitucional, en la doctrina existen dos posiciones una permisiva y una negativa, pero que sin embargo, consideramos que en la práctica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta relación puede extenderse las siguientes tendencias:

- i) Revisionismo.** - esta primera tendencia acepta que la jurisdicción constitucional tenga la facultad de revisar el trabajo que realizan otras jurisdicciones y no se establecen criterios de acceso a la justicia constitucional para que se produzca la revisión, sobre este planteamiento tenemos a la Sentencia Constitucional 0111/1999-R (103/2001-R, 0048/2002-R, 498/2002-R, 1315/2002-R, 384/2003-R, 739/2003-R, 1125/2003-R, y muchas otras), la misma fue retomada por la Sentencia Constitucional Plurinacional 410/2013 de 27 de marzo.
- ii) Prohibicionismo.** - esta tendencia, niega la posibilidad de que exista la revisión de la actividad de otros Tribunales por parte de la justicia constitucional, con el argumento de la especialización de las otras instancias de justicia, esto en Bolivia se dio en la SC 1031/2000-R, de 6 de noviembre, en el mismo sentido la SC 1358/2003-R de 18 de septiembre, la SC 0443/2004-R de 24 de marzo, esta línea jurisprudencial ya no se aplica en la actualidad.
- iii) Revisión condicionada por aspectos argumentativos.** - aceptar que existe la posibilidad de que la jurisdicción constitucional revise los fallos de jurisdicciones especializadas, pero pone límites a dicha actividad a efectos de no ver sobrepasada su carga procesal estableciendo una serie de requisitos argumentativos de acceso a la justicia constitucional. El caso paradigmático de esta posición es la ya mencionada SC 1846/2004-R de 30 de noviembre, seguida por muchas otras Sentencias como la SC 0340/2016-S2 que continuó con este criterio incluyendo los criterios argumentativos para considerar la vulneración o no del derecho al debido proceso.
- iv) Revisión condicionada ligera pero limitada.** - esta tendencia aparece la posibilidad de que la justicia constitucional revise la actividad desplegada por otros tribunales, pero se exige una mínima argumentación a la parte accionante de vinculación de cómo la interpretación reclamada es lesiva de derechos fundamentales, al respecto, se tiene la SCP 1461/2013 de 19 de agosto, entre muchas otras actualmente aplicables.



### 3. CONCLUSIÓN

Con base en lo relatado, podemos establecer las siguientes conclusiones:

- El efecto de irradiación del Derecho Constitucional es una realidad innegable del ordenamiento jurídico boliviano; este aspecto es positivo, pero se debe pensar en la forma más efectiva de compatibilizar este efecto con el hecho de que cada disciplina del Derecho tiene un saber jurídico especializado que no debe ser desnaturalizado.
- Todas las acciones de defensa de los derechos fundamentales pueden llegar a interrelacionarse con la jurisdicción ordinaria; sin embargo, es sobre todo la Acción de Amparo Constitucional la que ha sido objeto del presente análisis.
- En la interrelación señalada se ha identificado un problema adjetivo estructural, que tiene que ver con el hecho de que la configuración procesal de las acciones tutelares, primera instancia más revisión, significa que se pueden producir resoluciones constitucionales que producen efectos inmediatos y que a veces se sobreponen o que generan efectos transitorios que no coadyuvan en la seguridad jurídica.
- Sobre el punto precedente, se debería pensar en la pertinencia de modificar el procedimiento constitucional aplicable a las acciones de amparo constitucional que se presentan contra Auto Supremos, o otras decisiones que tienen vocación de sentar jurisprudencia especializada ordinaria, una acción de amparo constitucional de única instancia que sea de conocimiento de una de las Salas del Tribunal Constitucional, con eso se eliminarían al menos tres problemas procesales esenciales: primero la disfunción que un juez con menor "experiencia" tenga la facultad de revocar un Auto Supremo, segundo, que se emitirá un solo fallo constitucional que eventualmente podría dejar sin efecto el Auto Supremo, con lo que se ganaría en seguridad jurídica, tercero, se debe pensar en el procedimiento constitucional

aplicable y en la pertinencia de que exista una audiencia de amparo constitucional o no, considerando que de todas maneras, la prueba central de este proceso constitucional es el expediente judicial y no se requiera ya una discusión fáctica, sino una discusión constitucional de puro derecho.

- Por otra parte, el amparo constitucional seguiría siendo un mecanismo inmediato y eficaz de reparación de violaciones a lo largo del proceso judicial, en cuestiones de tramitación del proceso, como por ejemplo la tramitación de procesos cautelares, aspectos incidentales o de ejecución de fallos en la misma metodología de inmediatez que se ha venido desempeñando.
- Por otra parte, se debe generar un estudio profundo de todos los casos en los cuales se puede operativizar mecanismos idóneos e inmediatos de defensa; por ejemplo, con el tema de las reincorporaciones laborales, el legislador puede legítimamente dar esa facultad de conocer una acción inmediata y eficaz y establecer un procedimiento similar al amparo a los jueces laborales; se estaba igualmente trabajando en materia de desalojos, etc.
- Entonces, para resolver las disfuncionalidades procesales, se pueden tomar los siguientes caminos: 1) El camino de la reforma constitucional, modificando el art. 129 de la CPE, y el Código Procesal Constitucional, instituyendo el Amparo Constitucional de única instancia contra Autos Supremos y otras Resoluciones emitidas por las máximas autoridades judiciales, incluyendo por ejemplo al Tribunal Agroambiental; 2) Una complementación del art. 54 del Código Procesal Constitucional, eliminando la posibilidad de que el amparo se constituya fácticamente en una vía paralela, estableciendo un inciso adicional *númerus clausus* de casos en los que no procede la Acción de Amparo Constitucional por efectos de la subsidiariedad;
- En cuanto al problema sustantivo, como se señaló no se puede limitar la posibilidad de que el mundo litigante utilice los mecanismos procesales que considere pertinentes si considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales;



sin embargo, se debe cuidar muy atentamente no caer en una vulgarización de los derechos fundamentales y en una sustitución disimulada de la jurisdicción ordinaria por la justicia constitucional.

- Como se señaló, los derechos fundamentales constituyen normas lapidarias, con texturas normativas abiertas, cuyo grado de imprecisión es mayor al de las normas de otras disciplinas jurídicas, el Derecho Civil tiene más de 2000 años de evolución jurídica; y la dogmática sobre derechos fundamentales tiene algo más de medio siglo.
- En ese sentido, es importante trabajar en: 1) Una definición más consistente del alcance y contenido de los derechos fundamentales que tenemos en la Constitución Política del Estado, sin ingresar en el tema de la interpretación de los derechos fundamentales, es vital el establecimiento de contenido claro, como señala el Profesor Aldunate, de una tipicidad *ius* fundamental; 2) El establecimiento legislativo de reglas claras en materia de autorrestricciones, que recojan el espíritu de la SCP 1461/2013.
- En efecto, que intención de la SCP 1846/2004- R de establecer una serie de reglas motivacionales para que los accionantes puedan acceder a la justicia constitucional es muy buena, pero al mismo tiempo podemos legítimamente cuestionar el hecho de que se exijan criterios interpretativos de legalidad ordinaria sustentados en una doctrina de inicios del Siglo XX y del Código Civil español para que el justiciable acceda a la justicia;
- Es razonable exigir al justiciable que simplemente haga el vínculo de porqué considera que la interpretación del ordenamiento legal hecha por la autoridad jurisdiccional viola específicamente un derecho fundamental previsto por la Constitución, como única carga argumentativa que se le puede exigir para que active la justicia constitucional;
- En suma, una doctrina de autorestricciones debe ser coherente con el derecho a la tutela constitucional efectiva; sin que se abra la puerta desmedida a una vanalización de la acción de amparo constitucional en la tramitación del proceso judicial.

- Finalmente, se podría legítimamente pensar en cómo la justicia constitucional podría coadyuvar en brindar mayor seguridad jurídica a través de su jurisprudencia, probablemente una solución sería, en primer lugar, que las Salas del Tribunal Constitucional no tengan las mismas atribuciones, es decir, que se haga una distribución de las facultades entre las Salas, una Sala de amparo, una sala de acción de libertad. Buscar una forma efectiva de garantizar la unificación jurisprudencial es un desafío muy importante.

La intención de lo anotado, bajo ningún motivo tiene el objeto de minimizar el rol central que tiene la justicia constitucional en la administración de justicia ordinaria, pero sí de lanzar algunas ideas para que se produzca un debate profundo sobre cómo la justicia constitucional puede mantener esa relevancia central en la administración de justicia en Bolivia.



## CONTROL CONSTITUCIONAL Y EL AMPARO ELECTORAL



***Juan Alberto Castañeda Méndez***

*El control constitucional y el amparo electoral, no gozan de un tratamiento académico aislado, sino de una lectura dinámica, demostrando un soporte de la justicia constitucional a nivel de su interpretación, aplicación y eficacia en las sociedades de la región. Ambas conceptualizaciones, como manifestó el profesor Castañeda Méndez, “...tienen que ver con el desarrollo y fortalecimiento de instituciones, (...) trae a colación en debates muy interesantes judiciales sobre la justicia constitucional y la democracia (...), específicamente, tiene que abordarse a razón de un derecho pilar, el derecho a la participación política...”.*

*Castañeda, durante el espacio ofertado, justificó la viabilidad de interponer un recurso de amparo electoral, acorde a la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad; contextualizó las principales implicancias del Estado Constitucional, la concepción de los principios y valores constitucionales, el rol de los jueces, la proyección de derechos con sus alcances entre particulares y derechos sociales. En definitiva, fueron destacados los entendimientos jurídicos compartidos en materia de Derecho Electoral y su*



*enfoque con el Derecho Procesal Constitucional, por cuanto, la población requiere -a partir de estos espacios pedagógicos- reducir las brechas sociales, que requieren un mayor acercamiento de los derechos fundamentales, la justicia y una connotada humanización.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

En la presente ponencia se desarrollará el tema: Control Constitucional y Amparo Electoral. Este tema del control constitucional y Amparo Electoral son dos variables que no son insulares, aisladas o de un tratamiento aislado, todo lo contrario, son dos variables que tienen una lectura dinámica que se complementan tanto para el soporte propiamente de una justificación de la justicia constitucional a nivel de su interpretación, de su aplicación y a nivel de eficacia en las sociedades de los países de la región, pero así mismo este Control Constitucional y Amparo Electoral, tiene que ver con el desarrollo y fortalecimiento de las instituciones de la democracia representativa, algo de lo que quizás siempre ha traído a colación en debates muy interesantes académicos, judiciales sobre este hecho de la justicia constitucional y la democracia.

Específicamente el tema tiene que abordarse a razón de un derecho pilar; el derecho a la participación política, el objetivo central propiamente de este tema de lo que se desarrollará es de alguna u otra manera justificar la procedencia o mejor dicho la viabilidad de interponer un recurso de amparo electoral a razón de los fundamentos que trae consigo el control constitucional, esto desde una lectura propiamente de las sendas sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Con este breve contexto, a continuación, se desarrollará el tema con una metodología deductiva, es decir se abarcarán cuestiones generales para ir aterrizando a lo que nos ha llamado al día de hoy a responder; la viabilidad procedencia del amparo electoral.

## **2. CONTENIDO TEMÁTICO**

Las implicancias del estado constitucional, no nos detendremos a explicar qué es, pero sí pondremos en relevancia algunos puntos importantes: en primer lugar, la efectividad de los postulados y fines constitucionales que no únicamente son vinculantes y requieren de eficacia, mérito para la interpretación en la solución de casos constitucionales las disposiciones normativas, sino también, que en esta suerte de interpretación han asumido el ascenso de los



principios constitucionales, los valores constitucionales también que el día de hoy coadyuvan, apoyan y en algunos casos resultan ser factores determinantes para la solución de los casos constitucionales. Lo segundo como implicancia del estado constitucional, la eficacia del estado constitucional, tiene que ver con la concepción de la constitución y su interpretación, algo de lo cual ha traído muy bien este asunto; el esfuerzo para el desarrollo del estado constitucional, que tiene ver con que la constitución no es meramente el documento formal, proclamado, sino es justamente lo que se viene a interpretar propiamente por parte de las altas cortes constitucionales.

La tercer implicancia tiene que ver con el rol de los jueces o como muchos de nosotros lo hemos conocido como literatura y en cierta parte de la jurisprudencia constitucional, como el activismo judicial, los jueces constitucionales no únicamente se comportan como legisladores negativos, frente a alguna acción de inconstitucionalidad, sino también se comportan como legisladores positivos, esto mantiene el debate sobre la creación del derecho por parte de los jueces, una cuarta implicancia tiene que ver con el lugar de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, en este punto nos referimos a la idea de que el estado constitucional no únicamente responde a la creación y fortalecimiento de los derechos fundamentales explícitos e implícitos, lo cual es muy bueno puesto que es necesario en las sociedades ir avanzando en el fortalecimiento y eficacia de estos derechos, pero también el estado constitucional también se compone del ejercicio de deberes constitucionales, el deber de cuidar al medio ambiente y entre otros factores, lo que se vendrá a llamar como la justicia constitucional ecocéntrica antrópica, esto significa que responde en principio a no centrarse en que la Constitución, su desarrollo e interpretación sean una lectura netamente antrópica, es decir, netamente vinculada al ser humano, sino también de congeniar las exigencias al ser humano respecto a su contexto.

Una quinta idea tiene que ver con la proyección de los derechos fundamentales, el efecto horizontal de los derechos fundamentales colocar en relevancia, a propósito de la coyuntura que estamos

viviendo por ejemplo a los Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales esto es importante porque en realidad estos DESCAs hasta cierto tiempo ha habido una discusión, un avance judicial un poco postergado, lo que el día de hoy a razón del contexto actual ha traído con mayor empuje, importancia y sobre todo mayor necesidad, cuando nos referimos a los DESCAs hablamos del derecho a la salud, a la educación, derecho al trabajo, entre otros. Finalmente, una de las implicancias muy poco discutidas es la existencia del estado constitucional en los fragmentos digitales, en las redes sociales, al respecto, el profesor *Juntel Teuner* indica que el pensar el constitucionalismo justamente en estos fragmentos digitales, lo que sería en términos propiamente de constitucionalismo global. Con estas implicancias avanzaríamos a otro a otro tópico, que es propiamente con la constitución a razón de este expediente 5854/2005, de un proceso de Amparo constitucional peruano, nos trae unos conceptos interesantes: i) el primer concepto de que es que la constitución es la norma jerárquicamente superior respecto a las leyes infra constitucionales, que un concepto de alguna otra manera totalmente válido pero muy corto muy sesgado para lo que podamos comprender por constitución, ii) el segundo concepto, tiene que ver con que se puede exigir el cumplimiento, su aplicabilidad, su judiciabilidad, en los distintos estamentos que importa cada estado, no únicamente respecto a las decisiones de un orden judicial, sino también, de un ente administrativo, registral, etc., es decir, se puede exigir su cumplimiento y tutelar tanto por los derechos fundamentales y las instituciones en todos los estamentos de cada estado, iii) un tercer concepto es que la constitución también es una norma dinámica, la Constitución no es el mero documento formal sino que va evolucionando, se mantiene viva en las sociedades conforme se van interpretando y allí radica la importancia de la interpretación constitucional, debate reconocido en varios espacios académicos.

El siguiente tópico, tiene que ver con el del control constitucional, análisis que tiene el objeto de justificar, contextualizar, conceptualizar para hablar propiamente de la viabilidad del Amparo Electoral, al respecto, el bloque de constitucionalidad, que se refiere propiamente



a un parámetro constitucional interpretativo que es utilizado por los jueces para la solución de los casos, en este punto es necesario detenerse respecto al control constitucional en el sentido de que como este bloque de constitucionalidad sirve como un parámetro interpretativo para la solución de los casos necesariamente no se aboca única y exclusivamente al tema de la constitución, al desarrollo jurisprudencial que pueda tener la interpretación, sino también abre la posibilidad al control de convencionalidad que en la doctrina es la apertura, la bisagra constitucional para que los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos e inclusive las opiniones de la Comisión Interamericana Derechos Humanos y conexos con otros tribunales puedan entrar a tallar en el razonamiento judicial constitucional, en el caso peruano está en el art. 55 de la Constitución Política del Perú, de manera casi clara y sin mayor interpretación la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución marca una pauta clara de la posibilidad del control de convencionalidad, en esa misma lógica, también tenemos al art. 5 del Código Procesal Constitucional y el art. 200 de la Constitución Política del Perú.

El control de constitucionalidad tiene una subdivisión que refiere propiamente a un control constitucional concentrado y un control constitucional difuso, podemos diferenciarlos por tres características o factores: i) por el órgano que lo expide ii) por el tipo de control que se desarrolla y iii) por el efecto que se realiza y, respecto al control de convencionalidad, se aplica básicamente a todos los estamentos, no únicamente al tema judicial sino al tema administrativo, legislativo, a razón de la propia evolución que ha tenido desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta la Opinión Consultiva de 2012 que refiere también a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas.

Con la base de lo señalado, ya tenemos el control constitucional situado correctamente a razón de la Constitución entendida como norma suprema, dispositiva, dinámica que se va construyendo con las interpretaciones que dan las altas cortes constitucionales y la

interpretación convencional que construye el razonamiento judicial constitucional de cada estado de la región.

Este control constitucional se expresa en estas garantías constitucionales o procesos constitucionales que responden a dos dimensiones, al menos en el caso peruano, i) una dimensión objetiva que atiende propiamente a garantizar esta supremacía de la constitución y ii) la dimensión subjetiva a garantizar los derechos fundamentales. Respecto a la dimensión objetiva hay algunos procesos naturaleza especial para garantizar la supremacía de la constitución, como la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y el conflicto de competencia, en cuanto a la dimensión subjetiva, la acción de cumplimiento el habeas corpus, el habeas data y la acción de amparo. Estos procesos no son excluyentes para garantizar esta dimensión de la garantías constitucionales que refieren al control constitucional, al contrario, tienen una doble dimensión de una lectura dinámica y de ejercicio que se interrelaciona, es decir, que cuando se presenta, se desarrolla, interpreta y aplica un caso, sea de habeas corpus, habeas data o acción de amparo, también se está garantizando la dimensión objetiva y de manera viceversa, cuando estamos analizando un caso de acción inconstitucionalidad, también el tema de una dimensión subjetiva, los derechos fundamentales, hasta aquí, cabe preguntarse si es que procede el amparo electoral situándolo correctamente en el caso especial del Perú. En la República del Perú, se tuvo una primera impresión sobre el tema del Amparo Electoral fue en el expediente 5854/2005, proceso de Amparo, a razón del art. 7 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional fijó como precedente vinculante que procedía el amparo electoral, interpretación a razón del ejercicio del control constitucional en todos los estamentos del Estado. No obstante, el Poder Legislativo emitió la Ley 28642, que modificó el art. 5 inciso 8 del Código Procesal Constitucional, indicando de que era improcedente el amparo contra las resoluciones judiciales, en otras palabras, la norma referida establecía que no procedían cuando se cuestionen las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Hasta ese momento el Tribunal Constitucional nos indicaba que si era posible y una ley



que no era procedente, teníamos pues esta situación problemática porque lo que generaba que frente a un amparo que se podía interponer frente alguna decisión del Órgano Electoral los jueces no se sabían si declarar improcedente o no, pero esta situación fue avanzando en la contradicción que generó el caso Arturo Castillo Chirino recaído en el expediente 02730/2006, proceso de Amparo, donde se advirtieron las contradicciones e hizo una advertencia respecto al ejercicio del control difuso de constitucionalidad esta sentencia en una sentencia exhortativa constitucional hacia el Poder Judicial y también hacia otros estamentos del Estado para que se aplique el control difuso, principalmente el Poder Judicial para que al momento de advertirse algún tipo de norma o algún derecho que contravenga el ordenamiento jurídico constitucional proceda a inaplicar. Finalmente, esto fue solucionado por una demanda de inconstitucionalidad, que recayó en el expediente 007/2007, que presentó el Colegio Abogados del Callao, en el que el fallo declaró la inconstitucionalidad de la Ley la 28642.

### 3. CONCLUSIÓN

Por lo tanto, el Amparo Electoral en el Perú si es procedente en razón propiamente de una demanda de inconstitucionalidad que derogó la Ley 28642. Lo que tutela no necesariamente retira la decisiones del Jurado Nacional Elecciones u Órgano Electoral, si bien es cierto que proceden contra éstas, lo que se va evaluar constitucionalmente no es propiamente revertir o entrar a detalle respecto al tema fáctico probatorio que hubiese habido en el proceso electoral sino única exclusivamente a lo que refiera al debido proceso, la tutela procesal efectiva.

El Amparo Electoral es procedente siempre y cuando esté vinculado con otros derechos conexos con el tema la participación política, como la prohibición de alguna autoridad para realizar un *meeting* durante un proceso electoral, cuando algún hecho del uso indebido de fondos públicos y cuando se esté vulnerando el principio de igualdad material electoral.

## EL SISTEMA DE ACCIONES CONSTITUCIONALES SEGÚN EL DERECHO CONSTITUCIONAL URUGUAYO



**Eduardo G. Esteva Gallicchio**

*Llevando a la palestra el rol de la interpretación constitucional, el profesor Eduardo G. Esteva Gallicchio reflexionó sobre las bases del Derecho Procesal Constitucional y la disponibilidad de los recursos y acciones constitucionales, de acuerdo con la realidad jurídica uruguaya; en su participación, examinó los períodos temporales en los que se discutió la forma de interpretar el conflicto entre las leyes ordinarias con el tenor expuesto en la Constitución.*

*Repasando la historiografía legal de la adopción del control de regularidad constitucional, Esteva Gallicchio refirió "... Uruguay contempla un sistema democrático pleno (...); en conocimiento de las propuestas de Hans Kelsen, considerando también la fórmula adoptada en el Tribunal Constitucional instituido en Austria desde 1920, se optó por una solución diferente que fue la de concentrar en la Suprema Corte de Justicia la competencia de declarar la inconstitucionalidad y, consiguiente, inaplicabilidad de las leyes en los casos concretos...". Desde un punto de vista eminentemente académico, el expositor considera que, por la magnitud del tema, el eventual análisis de la conveniencia de incluir un Tribunal Constitucional, debería corresponder a una Convención Nacional Constituyente.*



## 1. INTRODUCCIÓN

Tengo el propósito de realizar un planteo que no es habitual en el Uruguay. Trataré de responder a una pregunta concreta:

¿Cuál es el sistema de acciones constitucionales según el Derecho uruguayo vigente?

En mi país suele examinarse este tema en base a capítulos separados. Pero debo naturalmente hacer un estudio que esté enmarcado en lo previsto para este panel: “el rol de la interpretación constitucional”.

Voy a tomar como bases para realizar el análisis:

En primer lugar, una perspectiva de Derecho procesal constitucional, en vez de lo que es habitual en el Uruguay, donde se realizan estudios separados o independientes, propios respectivamente del Derecho constitucional general clásico o del Derecho procesal general. Es paradójico que esto suceda en mi país, la Patria del eximio Eduardo J. Couture, que fue de los primeros, como se reconoce universalmente, en individualizar las problemáticas respectivas del Derecho constitucional procesal y del Derecho procesal constitucional.

En segundo lugar, en el Uruguay no ha existido una reforma constitucional sistemática en la materia que está comprometida en el desarrollo de este tema. Ello no ha sucedido en los últimos setenta años, por lo que no hay en los textos constitucionales uruguayos recepción de las novedades del Derecho constitucional comparado ni del Derecho procesal constitucional.

En tercer lugar, debo señalar que, en el Uruguay –lo que probablemente generará sorpresa para parte del auditorio–, ninguna disposición constitucional determina el rango normativo de los tratados internacionales, no hay tampoco disposición sobre interpretación constitucional o respecto a la preferencia interpretativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Todo esto marca una diferencia ostensible con lo que sucede en el Derecho

constitucional de los Estados que se encuentran representados en el presente Congreso Internacional; porque si pensamos en el tópico, tenemos que en Estados como Costa Rica, desde la reforma constitucional de 1968; España 1978, Colombia 1991; Paraguay 1992, Perú 1993, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009, México 2011, por citar lo principal, sí se regulan, en algunos ejemplos, detenidamente, dichos temas. En mi país, ni siquiera hay una disposición expresa al estilo de la incorporada en la Constitución de Chile, en el artículo 5, relativa a la limitación de la soberanía del Estado chileno por los tratados internacionales que sean suscritos por el mismo. En suma: en Uruguay hay inexistencia de disposición constitucional que refiera siquiera a estos problemas. En la Constitución uruguaya tenemos los mismos textos en materia de tratados internacionales, salvo leves ajustes, que los incluidos en la Constitución de 1830.

En cuarto lugar, una parte del conjunto de acciones constitucionales existentes en el Uruguay resulta de una interpretación, de una “nueva interpretación”, si se quiere, de una “reinterpretación” y quizás, para algunos analistas, de una “sobreinterpretación”, de tres artículos de la Constitución de la República:

- El artículo 7, incorporado en 1830, que determina la pre existencia a la regulación constitucional de los derechos a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad; ese artículo un siglo y cuarto después fue interpretado nuevamente para dar paso a la fundamentación de la acción de amparo;
- El segundo artículo, el muy fructífero numerado 72 de la Constitución uruguaya, dispone que la enumeración de los derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye a los otros (derechos, deberes y garantías) que son inherentes a la personalidad humana o que derivan de la forma republicana de gobierno. Esta disposición cuyo origen fácilmente puede rastrearse en la enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos de fines del Siglo XVIII o en la Constitución de Argentina de 1853 en su artículo 33, fue a partir del año



1997 considerado como una cláusula de apertura al Derecho internacional con especial referencia al Derecho internacional de los derechos humanos;

- y, el último, que fue novedad del Derecho constitucional uruguayo desde 1942 y después se difundió en América Latina, el actual artículo 332, que dispone que los preceptos de la Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida acudiendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

No obstante, estos cuatro elementos que tomo como base, hay una realidad: según los análisis internacionales generalmente difundidos y admitidos, Uruguay cuenta con un sistema democrático pleno o completo y es el mejor ubicado en los rankings internacionales entre los Estados de Latinoamérica, al tiempo que está colocado entre los primeros lugares del mundo. Esto quiere decir que la interpretación constitucional, con los alcances que señalaré, ha generado la posibilidad de alcanzar lo expresado en cuanto a la posición de Uruguay en el ámbito universal.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. EVOLUCIÓN

Comenzaré el análisis de la evolución partiendo de la primera Constitución formal, la de 1830.

En ese primer hito se generó una cuestión de interpretación respecto a cómo se resolvía el eventual conflicto entre las leyes ordinarias y la Constitución rígida y codificada que regía en la República. Naturalmente al Uruguay llegó el tipo de argumentación propia del Juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuyo bicentenario celebramos en el año 2003. Y algunos Jueces, haciendo

caudal de la misma fundamentación y de sus obligaciones como tales, decidieron desaplicar la ley contraria a la Constitución vigente.

En 1830 también se incorporó una disposición que refiere a que mantienen su vigor las disposiciones legales ordinarias anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, en tanto no sean incompatibles con ella. Esta disposición subsiste hasta el día de hoy en el Derecho constitucional uruguayo. Pero generó durante aproximadamente un siglo y medio un debate doctrinal acerca de cómo interpretar dicha cláusula, primero en cuanto a la asignación de competencia a cualquier juez para declarar la derogación de las leyes incompatibles con la Constitución posterior y después de 1934, se incentivó el debate, al disponer la Constitución la concentración en la Suprema Corte de Justicia de la declaración de inconstitucionalidad.

Una segunda etapa importante en la evolución fue la Constitución uruguaya de 1934, que se perfeccionó cuando ya operaba el movimiento constitucionalista de la primera Post Guerra Mundial, ya teníamos constituciones como las de Checoslovaquia y de Austria de 1920, la segunda bajo la influencia de Hans Kelsen. En conocimiento de la fórmula del Tribunal Constitucional de Austria, en el Uruguay se optó por una solución diferente que fue la de concentrar en la Suprema Corte de Justicia la competencia de declarar la inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad de las leyes en los casos concretos, es decir, no hubo recepción de los modelos que fueron especialmente difundidos, como el austriaco y la solución española de la Constitución de la República de 1931. Por una parte, se incluyó expresamente en la Constitución el instituto del control de regularidad constitucional de las leyes por razones de forma o de contenido y, por otra parte, en virtud del valor político de la ley, por provenir de los Poderes del Gobierno del Estado con mayor representatividad, se decide que, como garantía para la ley, se reserva a la Suprema Corte de Justicia el control de su regularidad constitucional, excluyendo dicha atribución de la competencia de cualquier Juez, solución que persiste hasta el momento.



También en 1934, se determinó que a la Suprema Corte de Justicia le corresponde actuar como un verdadero Tribunal de conflictos que se generen en materia de presuntas lesiones de autonomía de los departamentos que conforman el Uruguay, los Gobiernos Departamentales son personas jurídicas públicas y beneficiarios de una descentralización del ejercicio de las funciones administrativas y legislativas, en ningún caso hay una descentralización del ejercicio de la función jurisdiccional que permanece concentrada en el Estado Central.

El tercer gran hito en la evolución fue el de la Constitución de 1952, que adoptó una solución que dificulta la categorización del sistema uruguayo porque creó y dispuso el funcionamiento inmediato de un órgano denominado Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado a imagen y semejanza de la Suprema Corte de Justicia, con una posición institucional similar. Es un órgano jerarca de un sistema orgánico de control que no integra el Poder Judicial, aunque ejerce función jurisdiccional y es competente para controlar la regularidad jurídica de los actos administrativos, entre ellos, aquellos que se entiende están viciados por inconstitucionalidad. Al tiempo que el artículo 313 constitucional distribuye la competencia entre este Tribunal y la Suprema Corte de Justicia en casos de contiendas o diferencias intraorgánicas o interorgánicas, según que estén fundadas en la legislación o en la Constitución.

## **2.2. ACCIONES CONSTITUCIONALES QUE INTEGRAN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL URUGUAYO**

La evolución recordada me permite efectuar una rápida enumeración de las acciones.

Si nos preguntamos, en grandes líneas, sin la precisión propia de los procesalistas, aunque con la pretensión de los procesal-constitucionalistas, cuáles serían las acciones o recursos constitucionales que se encuentran en el Uruguay, tendremos:

En primer lugar, de las más antiguas, la Acción de Habeas Corpus, cuyo conocimiento es de competencia de los jueces de instancia y eventualmente sujeta a revisión ante Tribunales de Apelaciones. Originalmente mencionada por el Código de Procedimiento Civil del Siglo XIX y constitucionalizada en 1918 (actual artículo constitucional 18; última reglamentación por Ley 19.293, de 2014).

En segundo término, la Acción de Amparo, en tanto que acción de tipo y fundamento constitucional –hay otra de tipo legal ordinario, Ley 16011, de 1988– curiosamente resulta de una nueva interpretación del ya mencionado artículo 72 de la Constitución, que se refiere a las garantías no enumeradas expresamente. Hace sesenta años los más distinguidos profesores de entonces de la asignatura Derecho Constitucional del Uruguay argumentaron, con matices, que conjugando los artículos 7, 72 y 332 –sobre aplicabilidad inmediata de las disposiciones constitucionales–, era posible sin un texto expreso interponer acciones de amparo y los jueces tendrían la obligación de tramitarlos. En este caso, usando términos contemporáneos, existe una suerte de recepción del derecho extranjero y comparado, especialmente del argentino, a través de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

En tercer término, la Acción de Habeas Data que tiene un menor desarrollo doctrinal y también se fundamenta en el artículo 72 de la Constitución del Uruguay y está regulada por una ley ordinaria relativamente reciente, la Ley 18331, de 2008.

En cuarto lugar y es lo que generalmente plantea ciertas dificultades al analista extranjero cuando trata de categorizar al sistema uruguayo, hay una previsión de proceso de solicitud de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos formales (artículos 256 a 261 de la Constitución). Esto es lo que está concentrado en la Suprema Corte de Justicia cuando la eventual desaplicación por inconstitucionalidad se produce en el marco de un proceso, o se produce con la pretensión de ser invocada en un proceso, es una solicitud de declaración de inconstitucionalidad a los efectos de la desaplicación en un caso concreto, no hay ninguna posibilidad de



efectos generales y absolutos, de efectos erga omnes. Ese instituto, que es lo que está concentrado en la Suprema Corte de Justicia, alcanza tanto a las leyes ordinarias cuanto a los “decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción”, que es el nombre propio dado por la Constitución a los actos legislativos formales aprobados por la Junta Departamental y promulgados por el respectivo Intendente Departamental. Debo hacer alguna precisión. En Uruguay esta solicitud puede ser formulada por tres vías: la de acción, que puede ser planteada por todo aquel que logre acreditar que es titular de un interés directo personal y legítimo, no hay en el Uruguay acción popular de inconstitucionalidad; la vía de excepción, que puede ser interpuesta en el marco de un proceso, como defensa, como excepción, también por quien tenga la posibilidad de acreditar un interés legítimo, directo y personal comprometido, y, la vía de oficio, que naturalmente puede ser interpuesta por el juez o tribunal que está entendiendo del proceso o por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que suspende las actuaciones y eleva el expediente a la Suprema Corte de Justicia para la decisión en materia de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Una quinta acción constitucional es la que procede por lesión de la autonomía departamental (artículo 283), es la que se denomina por la Ley 9515 de 1935, reclamo por lesión de autonomía departamental, prevista desde la Constitución de 1934, conserva la misma redacción en el presente, téngase en cuenta que el Uruguay es un Estado unitario con fuerte descentralización territorial en los Gobiernos Departamentales sin que haya en ningún caso descentralización del ejercicio de la función jurisdiccional.

La sexta sería la acción de nulidad de actos administrativos. La Constitución uruguaya es muy detallada en la previsión de la acción anulatoria de actos administrativos contrarios a una regla de Derecho (artículos 309 y concordantes). Esto sucede desde 1934 pero se pone en funcionamiento con la entrada en vigor de la reforma constitucional de 1952. Ha sido objeto de una Ley Orgánica, luego denominada Decreto Ley, que data del año 1984, este Decreto Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de mi

autoría, que regula el procedimiento que se sigue ante el Tribunal para la eventual desaplicación o anulación de actos administrativos inconstitucionales, ilegales, ilegítimos, en una enumeración muy amplia, hice referencia también a los actos que fuesen expedidos con abuso, exceso o desviación de poder, lo cual marca un abanico claro de posibilidades de impugnación por razones de legitimidad de los actos administrativos.

La séptima: hay previsión en la Constitución de la acción reparatoria patrimonial por los daños causados por un acto administrativo (artículo 312). Fue objeto de una reforma importante en el año de 1997, en cuanto a conferir al actor la opción por promoverla directamente ante el Poder Judicial, o por comenzar con la acción anulatoria del acto administrativo y si ésta es acogida, o si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo formula reserva, plantear luego la reparatoria.

Por último, a los efectos de esta presentación sinóptica y sin pretensión de exhaustividad, es necesario mencionar a la Corte Electoral, que es uno de los órganos jerarcas que integran, en el Uruguay, la constelación de sistemas orgánicos de control (artículos 322 a 328), que en ocasiones ejercen función jurisdiccional, pudiendo llegar a anular las elecciones, sin integrar el Poder Judicial.

Recapitulando sobre uno de los tópicos de interés comparativo, tenemos acciones constitucionales que tramitan ante la Suprema Corte de Justicia en exclusividad, concretamente la inconstitucionalidad de los actos legislativos formales, a los efectos de la inaplicación en casos concretos; existen procesos que tramitan ante cualquier juzgado o tribunal del Poder Judicial, por ejemplo, el caso de la declaración de derogación por incompatibilidad con la Constitución de las leyes anteriores a su vigencia, esta es una solución que en el Uruguay se construyó con base a cómo se trató la cuestión por la Corte Constitucional de Italia, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de la República en 1948. No existe ningún proceso que en el ámbito de las competencias de los juzgados del Poder Judicial tenga efectos generales y absolutos, el



control de regularidad constitucional de los actos administrativos es confiado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a los efectos de su anulación, que en ciertos casos puede ser una decisión que tenga efectos generales y absolutos (artículo 311).

### 3. CONCLUSIÓN

- 3.1. En Uruguay no ha existido en los últimos setenta años una manifestación de Poder Constituyente que refiera específicamente al sistema de acciones constitucionales, ha existido una interpretación constitucional novedosa de tres artículos, que podrá ser una reinterpretación o una sobreinterpretación, esto dependerá del caso y del autor que utilicemos para la calificación.
- 3.2. La Constitución uruguaya dispone en el artículo 85, ord. 20º que a la Asamblea General del Poder Legislativo le compete interpretar la Constitución. La doctrina nacional precisa, con efecto “generalmente obligatorio”, porque esa ley interpretativa puede ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia.
- 3.3. En el Uruguay no existe un Código Procesal Constitucional, a diferencia de la Provincia Argentina de Tucumán, del Perú o de Bolivia, entre otros Estados en los que ha sido habitual en los últimos tiempos.
- 3.4. En la realidad vernácula, todas las acciones constitucionales son objeto de regulación separada.
- 3.5. Tampoco existe una referencia en la Constitución al bloque de constitucionalidad, todo esto resulta exclusivamente de la interpretación de artículos constitucionales.
- 3.6. No hay una previsión expresa del control de convencionalidad, lo cual genera dificultades. Ya tenemos casos en que se ha planteado si no es una competencia concentrada en la Suprema

Corte de Justicia por efecto del artículo constitucional 239, ord. 1º, que le comete entender en las cuestiones relativas a tratados, pactos o convenciones con otros Estados.

- 3.7. Es menester destacar que, en Uruguay, existen ciertas dificultades en materia de diálogos jurisdiccionales, a la luz de las peculiaridades de las fórmulas vigentes. En efecto, el sistema de diálogos presentó un conflicto, con un momento de máxima tensión entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia, motivado por el llamado Caso Gelman Vs. Uruguay, especialmente en cuanto a la supervisión de cumplimiento de Sentencia que tradujo un duro intercambio entre ambas Cortes que se planteó, por ejemplo, en punto a la cuestión de si la Suprema Corte de Justicia es el “intérprete final de la Constitución” uruguaya. La Suprema Corte entendió que sí, aunque a dicha posición correspondería hacerle algunas precisiones.

### COLOFÓN

Algunos aniversarios son muy útiles para la reflexión. Ya mencioné el bicentenario del caso Marbury vs. Madison y de la argumentación del *Chief Justice Marshall* de 1803.

Ahora celebramos el centenario de los Tribunales Constitucionales de 1920, lo que nos ha hecho recordar la obra un tanto olvidada de Georg Jellinek, el notable jurista alemán, que en 1885 publicara el opúsculo “Un Tribunal Constitucional para Austria”.

El sistema uruguayo cumple con las grandes líneas de lo que han enseñado en los últimos años Francisco Fernández Segado y Lucio Pegoraro.

Con palabras de Fernández Segado, existe una “convergencia progresiva” de los sistemas de control de regularidad constitucional; con palabras de Pegoraro, hay una “hibridación” de los sistemas.



En el caso de Uruguay se consagra un sistema que implica una constelación de órganos constitucionales competentes para conocer de las acciones constitucionales, sin concentración en uno de ellos, excepto para las materias específicamente preceptuadas.

Es, pues, en definitiva, un sistema ecléctico de control de adecuación constitucional de los diversos actos jurídicos.

## **CUARTO EJE**

### **INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CONSTITUCIONAL**



## EL USO DE DERECHO COMPARADO POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES



***Haideer Miranda Bonilla***

*Con la frase “...el método comparado adquiere cada vez una importancia mayor en el Derecho Constitucional, en donde -incluso- es considerado un quinto método de interpretación constitucional, haciendo referencia a la construcción doctrinaria de Peter Häberle; (...) viene a complementar los tradicionales métodos de interpretación (literal, histórica, teleológica o sistemática)...”, el profesor Haideer Miranda dirigió una exposición, ponderando que el Derecho Comparado permita a los connacionales una comprensión incisiva de su ordenamiento interno.*

*El estudio de institutos jurídicos y su evolución en distintas legislaciones, posibilita al juzgador determinar en qué medida una solución legal extranjera es aplicable ante problemas legales. El uso del Derecho Comparado en Cortes y Tribunales Constitucionales, pone en relieve el papel protagónico y creciente rol de los operadores de justicia en materia constitucional, cuando se convierten en artífices de la circulación jurídica; para la interpretación de normas extranjeras, se acudirá a la jurisprudencia labrada por sus jurisdicciones constitucionales, un fenómeno también reconocido -en tiempos actuales- en albores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*



## 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio es el texto de la ponencia que expuse en el II Congreso Internacional Derecho Procesal Constitucional. Mirada Dialógicas, Reflexiones, Retos y Desafíos de la Justicia Constitucional “en conmemoración del centenario de las primeras Salas Constitucionales” que organizó con gran éxito el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de derecho constitucional global habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de sentencias de otras jurisdicciones constitucionales. El progresivo aumento que viene reconocido al método comparado por parte de los Tribunales Constitucionales pone en evidencia como la comparación jurídica cobra cada día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho constitucional, en particular modo, en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se puede establecer la existencia de un espacio cultural común. En esta investigación pretendo desarrollar la importancia y utilidad de la comparación jurídica en el derecho constitucional, y en particular, evidenciar el uso de derecho comparado y en particular de jurisprudencia extranjera por los jueces constitucionales quienes cada vez son más anuentes a mirar más allá de lo dispuesto en su ordenamiento jurídico.

## 2.2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. La importancia de la comparación jurídica en el derecho constitucional contemporáneo

La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo. Hacer derecho comparado es (también y no solo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías

y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes.

El derecho comparado se diferencia en su lugar, de cualquier otra disciplina por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos actualmente en vigor – o, eventualmente, también todos los ordenamientos vigentes, o todos aquellos que presentan determinadas características– y de asumir como propio objetivo final, no tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos tomados en examen en cada detalle, como la confrontación entre estos y las consecuencias del análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas reconocibles.

*La comparazione segue la conoscenza dei modelli. Non si possono comparare se non quei modelli che si conoscono. Ma le scienze (sociali o naturali) comparative fanno –e insegnano alla scienza giuridica che è la loro sorella– che la conoscenza dei modelli progredisce per effetto della comparazione. Solo la comparazione ci svela certi dettagli dei differenti modelli considerati. E ciò che ogni comparatista sa per esperienza, poiché egli, proprio quando parla del diritto del proprio paese, trova talora qualche difficoltà a farsi comprendere dai suoi connazionali, i cui interessi sono limitati al sistema di origine, e che perciò non sono passati attraverso le sue più complicate esperienze. In definitiva, la migliore conoscenza dei modelli deve essere considerata come lo scopo essenziale e primario della comparazione intesa come scienza. El fin primordial de la comparación es conocer las diferencias existentes entre modelos jurídicos, contribuyendo de esa forma al conocimiento de los modelos puestos en confrontación, sin que ello conlleve a que se deba llegar a soluciones idénticas.*

En este sentido, la doctrina distingue la «macro-comparación», entre sistemas jurídicos distintos, y la «micro-comparación» entre sistemas jurídicos de la misma familia. *La «macro-comparazione», tende ad identificare la linee di tendenza che roccorrono nelle diverse esperienze praticamente realizzate nei diversi paesi onde individuare talune modelli cui gruppi di ordinamenti sembrano ispirarsi, anche se differenziandosi*



*più meno accentuatamente tra loro. Un secondo tipo di comparazione detta la «micro-comparazione» tende invece a porre a confronto singoli istituti giuridici, comuni ad ordinamenti diversi o almeno raffrontabili tra loro, onde mettere in evidenza le somiglianze o le differenze che la disciplina ad essi applicata nei vari paesi presenta”.*

Al respecto, es muy útil la construcción del constitucionalista italiano MAURO CAPPELLETTI quien plantea seis etapas de la comparación: a) El *tertium comparationis*: Es fundamental, desde un punto de vista pre jurídico, la existencia de un problema o necesidad social compartido por dos o más países o regiones, a los cuales debe extenderse el análisis comparativo (por ejemplo, buscar un modelo institucional de integración regional, o buscar una nueva solución a la política agraria o ambiental); b) La solución jurídica del problema: se trata de establecer con cuáles normas, instituciones y procesos jurídicos, los países han tratado de resolver el problema o necesidad común; c) Las razones de ser de las analogías y diferencias: las razones históricas, sociológicas, éticas, etc. pueden explicar la diferencia de las soluciones adoptadas como respuesta al mismo problema; d) Búsqueda de las grandes tendencias evolutivas: estas pueden ser similares o divergentes; e) La valoración de las soluciones adoptadas, o modelos de solución, considerando su eficacia o ineficacia en resolver el problema o necesidad planteada en la investigación. Esta valoración debe basarse en datos concretos empíricamente verificables, en relación con la necesidad social planteada; f) Predicción del desarrollo futuro: el comparatista, finalmente puede poner en evidencia las tendencias evolutivas, destinadas a continuar o extenderse, estando basadas en problemas y necesidades reales de la sociedad.

El derecho comparado puede ser citado por algunas de las partes del proceso constitucional y ser resumido en los resultados o utilizado por los Tribunales Constitucionales en la parte considerativa, es decir, en la motivación de la sentencia. Es este último aspecto el que no interesa desarrollar. Al respecto, es muy útil la clasificación desarrollada por el constitucionalista PASSAGLIA en un estudio

realizado en referencia a la utilización del argumento comparativo por parte de la Corte Constitucional Italiana que indicó: “a) Il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto del giudizio. L’argomento comparatistico è stato utilizzato, in non pochi casi, per rafforzare la base su cui poggiava la normativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. b) La comparazione e l’enucleazione dell’inadeguatezza della normativa oggetto del giudizio passando ad un altro tipo di impiego del diritto comparato, vengono in rilievo le invocazioni del diritto straniero che hanno avuto l’obiettivo di mettere in luce (rete, che hanno contribuito a mettere in luce) le inadeguatezze del diritto italiano. c) Il diritto comparato invocato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte. Si tratta, in special modo, di quelle sentenze in cui il riferimento al diritto straniero è andato a suffragare direttamente la scelta operata dalla Corte. Ciò è avvenuto secondo diverse modalità. d) L’utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come precedente. Un utilizzo ancora diverso, ma non meno significativo, del diritto comparato si è affacciato in tempi recenti, quando la Corte costituzionale, in due occasioni, ha operato richiami circostanziati a pronunce di altre corti, quasi ad evocarle in guisa di precedenti (scil., dal valore puramente persuasivo). e) L’argomento comparatistico come componente essenziale di una (futura) decisione”.

## 2.2. El uso del derecho comparado por las Cortes o Tribunales Constitucionales

El uso de la comparación por parte los jueces constitucionales es uno de los temas de mayor actualidad en el debate comparatista por su incidencia en los criterios de interpretación constitucional. Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de sentencias de otras Cortes Constitucionales.



El progresivo aumento que viene reconocido al método comparado por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino convencional y supranacional, pone en evidencia cómo la comparación jurídica cobra cada día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho. En particular modo, en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se puede establecer la existencia de un espacio cultural común que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un *judicial dialogue*.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de la Cortes o Tribunales Constitucionales de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996) que dispone «Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras». Con base en ello, el Tribunal Constitucional Sudafricano ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en donde ha desarrollado la temática de la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia.

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero. A lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el juez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representative y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos

tentaron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero.

Lo anterior evidencia cómo ciertas Cortes o Tribunales Constitucionales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y por lo tanto, a «dialogar» con otras jurisdicciones y por el contrario jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, se diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos.

En el ámbito del derecho constitucional, la utilización del método comparado es útil para identificar si existe el diálogo judicial en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos. El término judicial dialogue en estricto sensu viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y, por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia.

Al respecto, se distingue entre influencia e interacción. La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo, puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios, sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará en la circulación del derecho a través del “formante jurisprudencial” por parte de los jueces constitucionales.



En esta materia se debe distinguir entre el diálogo horizontal y el diálogo vertical. El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o incluso Cortes Supremas quienes llevan a cabo a nivel nacional el control de constitucionalidad o en el ámbito convencional entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito horizontal existe una relación de paridad y no de jerarquía entre jurisdicciones, siendo discrecional o facultativa la utilización del derecho comparado. Por su parte, el diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y los Tribunales Regionales de Protección de los Derechos Humanos.

### **2.3. La comparación como quinto método de la interpretación constitucional**

La interpretación jurídica es el proceso intelectual a través del cual partiendo de las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados. La interpretación constitucional presenta una especificidad particular respecto a la interpretación de otro documento jurídico como una ley ordinaria o un reglamento, pues la Constitución posee una estructura diferente a la ley, un catálogo de derechos fundamentales, el carácter abierto o ambiguo de sus preceptos.

En este sentido, a los cuatro métodos clásicos de interpretación jurídica: gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático; el constitucionalista alemán HÄBERLE reconoce la comparación constitucional como un quinto método de interpretación. Al respecto, afirma "si hablamos del Derecho comparado como 'quinto' método de interpretación jurídica es sólo con motivo de la posible referencia a los cuatro métodos clásicos. Con ello no se está sugiriendo una ordenación jerárquica. Ese tipo de ordenación no existe entre los

métodos clásicos. En casos concretos puede ser que el derecho comparado pase a primer plano, por ejemplo, en conexión con la interpretación teleológica. También es concebible que el derecho comparado funcione como una faceta de los otros métodos de interpretación: por ejemplo, podría ser un criterio aceptable respecto de la génesis de una institución jurídica en un país vecino (ante todo, en Europa o en el círculo jurídico de Latinoamérica). El trabajo con el derecho comparado puede y tiene que resultar útil en el plano de la literalidad, de la historia, de la sistemática o de la finalidad de los textos. De manera que la dimensión de la comparación jurídica puede tener también un carácter complementario. Desde el punto de vista de su fuerza persuasiva (también pedagógica) se mantiene, en todo caso, su numeración como 'quinto' método de interpretación".

### **2.4. La utilización jurisprudencia constitucional extranjera en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica**

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el ejercicio de sus funciones muestra una apertura en la utilización del derecho comparado a pesar de su discrecionalidad, en particular al formante jurisprudencial de otros órganos de justicia constitucional. En relación con la utilización del derecho comparado por el Tribunal Constitucional no encontramos en la Constitución Política, ni en la Ley de la Jurisdicción Constitucional norma que obligue o prohíba en el ejercicio de sus competencias el método comparado, lo cual evidencia que su utilización tiene un carácter meramente discrecional.

La utilización del derecho comparado y en particular de jurisprudencia extranjera por los jueces constitucionales se constituye en un útil recurso que ha sido utilizado de forma excepcional para resolver casos relacionados con temas complejos. En un reciente estudio se analizaron 16 sentencias en las que la Sala Constitucional citó jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales, sin que esas sean las únicas resoluciones en donde se utilizó el derecho constitucional comparado. Además, se resaltó su utilización en los votos particulares o notas separadas que realizan los jueces



constitucionales. Así, en los primeros años de funciones de la Sala Constitucional en el periodo comprendido entre 1989 a 1992 encontramos una serie de votos en donde se hace referencia explícita a sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español. Posteriormente, ese espectro se amplía a otras jurisdicciones constitucionales de gran prestigio como la Corte Constitucional Italiana, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana y más recientemente se ha utilizado resoluciones de la Suprema Corte de la Nación de México, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, el Tribunal Constitucional del Perú, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Suprema de Chile.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue fundamental en la histórica Sentencia 1992-1739 que desarrolló los elementos que informan las garantías del debido proceso que en nuestro ordenamiento se derivan de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Por otra parte, en la construcción y reconocimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y de la dignidad humana se hizo referencia a jurisprudencia de la Suprema Corte Americana, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana. En el ámbito del derecho procesal constitucional la amplia tipología de técnicas decisorias desarrolladas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional Italiana y en particular la temática referida a las “sentencias exhortativas” fue utilizada en la sentencia número 2010-11352 en donde se le otorgó un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que realice la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones, lo cual a pesar de que han transcurrido más de 5 años no ha sido cumplido.

Además, resulta de particular interés la Sentencia 2010-12790 en la que los jueces constitucionales reconocieron el derecho de acceso a internet como un “nuevo derecho” utilizando como fundamento la Sentencia 2009-580 DC de 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional Francés y una serie de principios que se derivan de nuestro texto constitucional. Ello es de trascendental importancia pues es la primera Sentencia que reconoce un nuevo derecho fundamental utilizando el método comparado, en particular una sentencia de otro órgano de justicia constitucional. Nótese que posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas en la sesión del 16 de mayo del 2011 declaró el derecho a internet como un derecho humano. Lo anterior con base en el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el que se indicó que internet no solo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el acceso de la sociedad en su conjunto, acceso que debe mantenerse especialmente en momentos políticos clave como elecciones, tiempos de intranquilidad social o aniversarios históricos y políticos.

Por otra parte, los jueces constitucionales se han nutrido de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna de los adultos mayores y otros grupos vulnerables, en relación con la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, una definición de acto discriminatorio y del principio de democracia participativa, los cuales en la mayoría de los casos tuvieron incidencia en el proceso decisional al que se llegó. Lo anterior evidencia la importancia que ha tenido el derecho comparado, y en particular, la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales en la actividad de la Sala Constitucional.



## 2.5. El juez constitucional del siglo XXI es un "giudice comparatista"

La importancia de las jurisprudencias nacionales de las jurisprudencias extranjeras o supranacionales no presupone en lo absoluto la degradación de las constituciones nacionales. Se habla no de un caballo de Troya para afirmar una "dictadura universalista de los derechos", más bien de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, dándoles un sentido a través del contexto de fondo, en el que puedan asumir una significación precisa, en relación a un determinado momento histórico. La circulación de las jurisprudencias no compromete la identidad propia. La comunicación de experiencias siempre es filtrada porque presupone estándares mínimos de homogeneidad y juicios de congruencia sobre textos y contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las Cortes nacionales. No se realiza ninguna disminución en su función.

El uso del derecho comparado por los jueces constitucionales no es lineal ni continuo, pero se nota un uso más recurrente del método comparado y en particular de jurisprudencia extranjera, sobre todo a través de las posibilidades existentes de diálogo judicial, sea este horizontal o vertical. En la aplicación del mismo, se observa la influencia de criterios derivados de las llamadas "sentencias relevantes" y, más recientemente, de "sentencias estructurales", de países con una larga trayectoria constitucional. Son frecuentes los recursos a los criterios, por ejemplo, de la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Español y, para el caso latinoamericano, es evidente la incidencia recíproca de tribunales constitucionales como pueden ser la interacción entre los tribunales constitucionales colombiano, mexicano y costarricense, entre otros. Lo anterior evidencia como los jueces constitucionales del siglo XXI tienen una mayor apertura a la comparación jurídica normativa y jurisprudencial, motivo por el cual se le puede caracterizar como un "giudice comparatista".

## 3. CONCLUSIÓN

En el derecho constitucional contemporáneo se manifiesta la formación de una tendencia favorable a la utilización del derecho comparado, y en particular de jurisprudencia extranjera por parte de los Tribunales Constitucionales que sin lugar a dudas ha permitido instaurar un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmáticamente como en la práctica en la protección de los derechos constitucionales.

En este sentido, a los cuatro métodos clásicos de interpretación constitucional: gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático; el constitucionalista alemán HÄBERLE reconoce la comparación constitucional como un quinto método de interpretación. Al respecto, afirma si hablamos del derecho comparado como "quinto" método de interpretación jurídica es sólo con motivo de la posible referencia a los cuatro métodos clásicos. Con ello no se está sugiriendo una ordenación jerárquica. Ese tipo de ordenación no existe entre los métodos clásicos. En casos concretos puede ser que el derecho comparado pase a primer plano, por ejemplo, en conexión con la interpretación teleológica. También es concebible que el derecho comparado funcione como una faceta de los otros métodos de interpretación: por ejemplo, podría ser un criterio aceptable respecto de la génesis de una institución jurídica en un país vecino (ante todo, en Europa o en el círculo jurídico de Latinoamérica). El trabajo con el derecho comparado puede y tiene que resultar útil en el plano de la literalidad, de la historia, de la sistemática o de la finalidad de los textos. De manera que la dimensión de la comparación jurídica puede tener también un carácter complementario. Desde el punto de vista de su fuerza persuasiva (también pedagógica) se mantiene, en todo caso, su numeración como "quinto" método de interpretación".

La utilización del argumento comparativo por parte del juez constitucional puede tener diferentes finalidades: "a) *Il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto del giudizio.*



*L'argomento comparatistico è stato utilizzato, in non pochi casi, per rafforzare la base su cui poggiava la normativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. b) La comparazione e l'enucleazione dell'inadeguatezza della normativa oggetto del giudizio passando ad un altro tipo di impiego del diritto comparato, vengono in rilievo le invocazioni del diritto straniero che hanno avuto l'obiettivo di mettere in luce (rete, che hanno contribuito a mettere in luce) le inadeguatezze del diritto italiano. c) Il diritto comparato invocato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte. Si tratta, in special modo, di quelle sentenze in cui il riferimento al diritto straniero è andato a suffragare direttamente la scelta operata dalla Corte. Ciò è avvenuto secondo diverse modalità. d) L'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come precedente. e) L'argomento comparatistico come componente essenziale di una (futura) decisione".*

El uso jurisprudencia extranjera por parte de los Tribunales Constitucionales es discrecional y se lleva a cabo entre órganos de una misma jerarquía, sin embargo, en la doctrina se ha identificado la existencia de jurisdicciones constitucionales abiertas a la comparación. El uso del derecho comparado por los jueces constitucionales no es lineal ni continuo, pero se nota un uso más recurrente del método comparado y en particular de jurisprudencia extranjera, sobre todo a través de las posibilidades existentes de diálogo judicial, sea este horizontal o vertical. En la aplicación del mismo, se observa la influencia de criterios derivados de las llamadas "sentencias relevantes" y, más recientemente, de "sentencias estructurales", de países con una larga trayectoria constitucional que evidencian como el juez constitucional es un "giudice comparatista"

Si la decisión que se ha señalado es por un derecho constitucional abierto al constitucionalismo cosmopolita, la tarea de los jueces constitucionales representa el de ser, al mismo tiempo, órganos de su constitución y del "federalismo de las constituciones", estando obligados a una doble fidelidad, hacia una y otra. Su responsabilidad está en promover un desarrollo, que, sin traicionar su naturaleza de jueces, no de legisladores, concilien las diferencias de los elementos

en la convergencia del movimiento. Esta es, en síntesis, la difícil vocación que los jueces constitucionales dignamente pueden asumir como suya en nuestro tiempo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro. Dimensioni della giustizia nella società contemporanea. Ed. Il Mulino, 1998.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione. Ed., Il Mulino, 2010.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. Diritto costituzionale comparato. Ed. CEDAM, Milán, 2013.

GROPPI, Tania. Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali, p. 200. En Revista Quaderni Costituzionali, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

MARCENÒ Valeria, PALLANTE Francesco, ZAGREBELSKY Gustavo. Lineamenti di diritto costituzionale. Ed. Le Monnier Università, Firenze, 2014.

MIRANDA BONILLA, Haideer. La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional, pp. 257 - 284. En Revista Judicial número 120, enero del 2017, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

MIRANDA BONILLA, Haideer y ULATE CHACÓN, Enrique. El juez constitucional como comparatista, p. 1 - 19. En Revista de Derecho Constitucional Comparado, número 2/2020, Ed. IJ Editores.

PASSAGLIA, Paolo. Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 - giugno 2015. En Revista Giurcost, número 2, 2015.

PEGORARO, Lucio. Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi. Ed. Giappichelli, Turín, 2015.



PEGORARO, Lucio. Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici. Ed. CEDAM, Milán, 2013.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sistemi giuridici comparati. Ed. Giuffré, Milán, 1998.

ROMBOLI, Romboli (a cura di). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Ed Giappichelli, Turín, 2009.

SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato, 5ª. Ed., UTET, Turín, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI, p. 249 - 267. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional número 10, julio - diciembre 2008.

## PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y DOCTRINA DEL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN

*"Para una adecuada articulación entre los sistemas  
nacionales e interamericano de protección de los derechos  
humanos"*



**Alfonso Santiago**

*Tras un repaso histórico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su respectiva Corte, el profesor Alfonso Santiago desarrolla una agenda de contribuciones jurisprudenciales y logros en la comunidad jurídica. Detallando los principios fundantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (pro persona, pacta sunt servanda y subsidiaridad), Santiago explica que "...el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones; una procesal, que significa que únicamente puede acudir al orden regional agotándose las instancias nacionales (...), y una dimensión sustancial, que implica un margen sustancial de apreciación..."*



*Este principio, denota que complejas problemáticas del Derecho y la aplicación del Derecho Constitucional (con preferencia en Europa), exigieron que -ante la falta de consenso entre realidades culturales- la jurisdicción supranacional no pueda pronunciarse, dejándose al mejor criterio adoptado por los países, pues descubren plena compatibilidad con las normas del Derecho Convencional; en algunos casos, la Corte IDH, sobre el particular (autolimitación adecuada), ha intentado establecer una línea uniforme, como efecto de la inexistencia de una opinión regional entre los Estados, que aceptaron su competencia y jurisdicción.*

## 1. CONTENIDO TEMÁTICO

### 1.1. Los tres principios fundantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa afirma en un muy significativo párrafo de su Preámbulo:

*“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.*

En este párrafo se contienen los tres principios fundantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH):

- El principio “pro homine”, “pro personae” o de la igual e inviolable dignidad de la persona humana;
- El principio del “pacta sunt servanda”;
- El principio de subsidiariedad.

En efecto, la clave de bóveda todo el SIDH que se perfeccionaba a través de la CADH es el reconocimiento de la igual, inviolable e intrínseca dignidad de cada persona humana y la protección efectiva de los derechos humanos que de ella se derivan, los que son reconocidos y consagrados específicamente a través de las distintas cláusulas de la CADH.

El segundo principio es el “pacta sunt servanda”, columna vertebral de todo el derecho internacional. El Preámbulo señala con claridad que la protección internacional que se pone en marcha es de “naturaleza convencional”. Las consecuencias de este principio fundamental del derecho internacional público, tienen un doble direccionamiento.



Para los estados nacionales significa que ellos han de cumplir las obligaciones internacionales que han asumido con la ratificación de la CADH y en caso de no hacerlo podrán ser observados o condenados por los órganos establecidos en el SIDH. Pero para éstos últimos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), implica que ellos han de ceñir su actuación a la específica voluntad común de los estados nacionales puesta de manifiesto con la firma de la CADH, teniendo siempre también en cuenta las normas de *ius cogens* que tienen operatividad propia.

Por último, el tercer principio fundante del SIDH es el principio de subsidiariedad, ya que en el Preámbulo de la CADH se afirma que la protección internacional de naturaleza convencional que por medio de ella se pone en marcha es "coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"

Esta característica del SIDH plantea el gran desafío de la adecuada articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los derechos humanos. Los estados nacionales son los principales responsables de la protección de los derechos humanos. Sólo cuando los órganos nacionales no den una respuesta efectiva a esa protección, corresponderá la limitada y acotada actuación de los órganos del SIDH.

Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones nacionales e internacionales que, actualmente, están en pleno proceso de armonización.

En 2018, se cumplió el 40 aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia de la entrada en vigencia en 1978 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En estas cuatro primeras décadas de existencia institucional, la Corte IDH ha ido desarrollándose notablemente como tribunal internacional hasta ocupar un lugar destacadísimo no sólo a nivel

regional sino mundial, convirtiéndose en el segundo tribunal regional en importancia a escala global en lo que hace a la protección de los derechos humanos.

A lo largo de todos estos años, es posible observar dos procesos distintos, en parte enfrentados, que podrían generar hacia el futuro algunos serios conflictos y tensiones para el adecuado funcionamiento del SIDH. Por un lado, el creciente despliegue y desarrollo institucional de la Corte IDH y, por otro, cierta resistencia y cuestionamiento de algunos países para acatar sus decisiones cuando no las comparten o las consideran invasivas de su ámbito de competencia nacional.

El SIDH ha tenido fuertes conflictos con los regímenes dictatoriales de Perú en los noventa y con Venezuela en la segunda década de este siglo que terminaron en la denuncia parcial o total de la CADH, si bien Perú retornó plenamente al SIDH tras la caída del régimen de Fujimori. A ello tenemos que agregar los conflictos con Trinidad Tobago en torno a la pena de muerte, que desembocó en su denuncia de la CADH, y la actual situación de tensión con República Dominicana a propósito de la cuestión de los hijos de los inmigrantes haitianos, que derivara en la falta de reconocimiento por parte de ese país de la competencia de la Corte IDH por supuestos vicios constitucionales del acto de admisión de esa competencia. También se han dado situaciones de tensión y conflicto con Costa Rica a propósito de las decisiones de la Corte IDH en materia de fecundación in vitro y de uniones de personas del mismo sexo.

Por otra parte, es muy bajo el porcentaje de cumplimiento total de las sentencias de la Corte IDH: sólo un 16 % de las 380 que ha dictado en estas cuatro décadas. Más recientemente, en abril de 2019, cinco estados de la región (Chile, Brasil, Paraguay, Colombia y Argentina) firmaron un Documento en que, junto a reiterar su compromiso con el SIDH, manifiestan algunas inquietudes acerca de lo que consideran algunas ineficiencias y extralimitaciones por parte de los órganos del SIDH.



Como puede observarse, los cuestionamientos a la actuación de los órganos interamericanos han crecido y no sólo ha sido expresado por gobiernos sospechados de autoritarismo, sino también por países que muestran claros compromisos en materia de derechos humanos.

El grado de conflictividad existente entre la Corte IDH y los Estados partes de la CADH ha sido proporcionalmente más alta que el existente entre la Corte Europea Derechos Humanos y la gran mayoría de los Estados que han adherido a la Convención Europea Derechos Humanos.

Nos parece que las numerosas situaciones de tensión que se han verificado en las últimas décadas son contraproducentes para el adecuado funcionamiento del SIDH y que hay que tener en cuenta esas experiencias para generar un necesario aprendizaje institucional que ayude a morigerarlas y en la medida de lo posible evitarlas. Habrá que evitar futuros “choques de trenes” que son negativos para la autoridad y credibilidad del SIDH.

La protección jurídica de los Derechos Humanos parecería ser, en los momentos actuales, un sistema “multifocal” en el que operan simultáneamente e interactúan entre sí, sin una plena coordinación, ni una jerarquización clara y rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales.

Para explicar y entender la relación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no son útiles ni el monismo kelseniano –hay un solo orden jurídico que se ordena jerárquicamente y el derecho internacional está por encima del nacional-, ni el dualismo de Triepel –quien considera que se trata de dos órdenes distintos que operan paralelamente-. Hay que diseñar un modelo o paradigma nuevo que contemple dos ordenamientos diferenciados, pero profundamente interconectados, interrelacionados y con numerosas interacciones recíprocas. Se da aquí una situación de pluralismo jurídico que, como sostiene von Bogdandy, no implica una estricta separación sino “una interacción

entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Junto con el pluralismo jurídico surge “el problema de las normas interconectadas a una comunidad de intérpretes finales” y de definir quién tiene la palabra final en la definición de aquellas cuestiones comunes que tiene un doble régimen jurídico que las rige cuando surge un conflicto insalvable para su armonización.

En esa tarea de armonización entre normas y tribunales nacionales y regionales puede ser iluminador el principio de subsidiariedad, que, si bien fue inicialmente pensado para las relaciones sociales intra-Estado, puede también ser utilizado para el diseño de las relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales. La doctrina del margen nacional de apreciación constituye un corolario de ese principio en lo que hace al rol principal que les corresponde a los estados en la definición y delimitación de los contenidos concretos de los derechos humanos y que ha de ser respetado por los órganos del SIDH.

Precisamente esta obra tiene como finalidad aportar los elementos necesarios para dilucidar la delicada cuestión de la articulación entre el sistema interamericano y los ordenamientos jurídicos nacionales.

Bajo la guía del principio de subsidiariedad, nos proponemos en este examinar los criterios y pautas de articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de derechos humanos y examinar los “puentes” existentes entre ellos.

## **1.2. Pautas y criterios generales de articulación entre ambos sistemas**

La novedosa, original y compleja relación entre el SIDH y los ordenamientos nacionales, tanto es sus aspectos tanto normativos como jurisdiccionales, podría ser caracterizada con las siguientes notas que se derivan del principio de subsidiariedad tal como fuera plasmado en la CADH:



- a) Se trata de dos sistemas diferenciados, independientes, no subordinados jerárquicamente;
- b) La protección que brinda el SIDH es subsidiaria y es complementaria de la protección que están llamados a brindar en primer lugar los estados nacionales, quienes son los primeros responsables de la tutela y promoción de los derechos humanos y de la definición las cuestiones que ello implica;
- c) El SIDH se basa en la voluntad de los Estados Partes que han dado origen al SIDH y sus obligaciones, excepción hecha de las normas de *ius cogens*, están fundadas en el respeto del principio del "*pacta sunt servanda*". Cualquier modificación estructural significativa del SIDH ha de tener el expreso consentimiento de todos y cada uno de los estados partes;
- d) La pertenencia de los Estados al SIDH es facultativa, voluntaria y en alguna medida provisional, ya que los Estados tienen el derecho de retirarse del mismo mediante la denuncia del Tratado, como ya ha ocurrido en los casos de Perú, Trinidad Tobago (1999) y Venezuela (2012). Se reconoce un claro "derecho de secesión" cuyo ejercicio en la práctica habrá de evitarse porque debilita al SIDH en su conjunto;
- e) Las intervenciones de los órganos del SIDH es limitada, excepcional y ha de ser ejercida de modo no invasivo, de modo de respetar el margen nacional de apreciación, propio de buena parte de las complejas cuestiones relativas a los derechos humanos. No respetar estas pautas, que los tribunales internacionales no adopten cierto *self-restraint*, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos sean adoptadas en sede internacional cuando, por su propio contenido, están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede realizar una entidad menor, armoniza también mejor con

el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticos de los organismos y tribunales internacionales suelen ser más bien reflejos y secundarios. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se les presenta a los tribunales en general, y a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta "*sobreconventionalidad*" que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos invade los ámbitos de competencias propios de la constitución o de la ley ordinaria nacional. Debe reconocerse en variados temas una "deferencia" a los órganos constituyentes, legislativos y judiciales nacionales, de modo que se dé un adecuado equilibrio institucional entre los órganos nacionales e internacionales en la definición de asuntos relativos a los derechos humanos;

- f) El principio de subsidiariedad tiene claras y concretas proyecciones en el modo de operar el SIDH, especialmente en relación al respeto de los ámbitos de competencia nacionales, tanto en lo que hace a la normativa constitucional como a la actuación de los órganos judiciales nacionales, que no son órganos dependientes jerárquicamente de la Corte IDH. La relación entre los órganos regionales y los nacionales no es asimilable ni es análoga a la clara relación de subordinación entre los órganos judiciales federales y los estatales en el marco de una federación. Se trata de una relación diferente, con un deslinde de esfera distintos y más claro.
- g) Las decisiones de la Corte IDH son potestativas y obligatorias en lo que hace a la "*res iudicata*" contenida en las sentencias condenatorias a un determinado estado y son "autoritativas" en lo que se refiere a la "*res interpretata*" extensiva a los demás estados que no han sido parte en el proceso. Es decir, los Estados han de cumplir obligatoriamente lo decidido por la Corte IDH en los casos concretos en el que hayan sido partes, mientras que los



restantes Estados han de valorar y tener especialmente en cuenta la jurisprudencia y las interpretaciones que realiza la Corte IDH. Esa doctrina jurisprudencial ha de ser utilizada como "pauta insoslayable de interpretación", pero no tiene de por sí un carácter obligatorio, salvo que sean las propias normas o jurisprudencia nacionales las que le otorguen ese carácter. Forman parte de la "auctoritas" pero no de la "potestas" reconocida a la Corte IDH, por lo que la calidad argumentativa de sus sentencias resulta ser decisiva de cara a lograr su seguimiento por los tribunales nacionales. Una cosa es la imposición coactiva de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH y otra la libre adhesión a ellos decidida por los órganos nacionales fundada en los buenos principios y valores que ellos consagran;

- h) Los órganos del SIDH han de respetar estrictamente, con las pocas excepciones que permite la propia CADH, la exigencia del previo agotamiento de las instancias nacionales como requisito necesario para iniciar su actuación, sin que sea legítimo la intervención de los órganos regionales cuando aún el tema está siendo tratado por los tribunales nacionales, dentro de plazos razonables;
- i) Ha de interpretarse con criterio estricto y excepcional la facultad que el art. 63 reconoce a la Corte IDH para dictar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia;
- j) Corresponde distinguir claramente entre el proceso iniciado y finalizado en el ámbito nacional del nuevo que se lleva a cabo en sede regional. Son distintos tanto en lo que hace a las partes que intervienen en el proceso como en el derecho tanto sustantivo como procesal que se aplica. La intervención de la Corte IDH no constituye una instancia de apelación de las sentencias últimas y definitivas dictadas por los tribunales nacionales;
- k) Se ha de fomentar en todo momento un diálogo interjurisdiccional en ambos sentidos, no basado en una relación jerárquica inexistente, sino en el intercambio de razones y criterios jurídicos

útiles para garantizar armónicamente los derechos humanos y las "justas exigencia del bien común en una sociedad democrática" (art. 32 de la CADH) y,

- l) La Corte IDH ha de evitar que el mecanismo de las OC pueda ser utilizado por los poderes ejecutivos de los países partes como modo de obtener un pronunciamiento previo del tribunal regional en un tema que está siendo debatida en los poderes legislativos o en el seno de las sociedades nacionales. Esa utilización "estratégica" de la OC por parte de las autoridades locales puede desvirtuar el fin para el que fueron establecidas y afectar el prestigio institucional de la propia Corte IDH.

### 1.3. Los puentes que interconectan ambos sistemas

Expuestos los principios y criterios generales que regulan las relaciones entre ambos sistemas, en este segundo apartado del Capítulo nos proponemos describir los distintos puentes que interconectan ambos sistemas de protección de los derechos humanos.

Algunos de ellos son los siguientes:

- a) **El puente constitucional: la plena incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al ordenamiento jurídico interno, otorgándoles jerarquía constitucional o supra legal**

Varios estados de la región han adoptado esta decisión en sus constituciones. Entre ellos, cabe mencionar, a Costa Rica (1968), Brasil (1988), Chile (1989), Colombia (1991), Perú (1993), Guatemala (1993), Argentina (1994), Ecuador (2008), Estado Plurinacional de Bolivia (2009), República Dominicana (2010), México (2011) y Venezuela (2017).

De este modo, las normas internacionales sobre derechos humanos pasan a integrar el sistema jurídico nacional, y los operadores jurídicos pueden acudir a ellas para fundar sus pretensiones o



decisiones. Siguiendo a Sergio García Ramírez, podemos hablar aquí de un "puente constitucional" entre el orden jurídico interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Una cuestión clave en torno a este punto es la relación normativa existente entre la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, que ya hemos examinado en relación al sistema jurídico argentino en el Capítulo III.

Al referirse a las relaciones que guardan entre sí el Derecho internacional y el interno, señala Kelsen que *"ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos"*; en otras palabras, la decisión de cuál debe prevalecer "escapa a la ciencia del derecho". No siendo de origen estrictamente jurídico, el establecimiento de la primacía es una decisión política que toma cada comunidad soberana. Por eso, la supremacía será siempre constitucional, aunque la primacía normativa puede ser de la norma nacional o internacional según lo que establezca cada Constitución.

Consideramos que, en el estado actual de la organización jurídico-política, la decisión sobre cuál es la instancia normativa última de derecho positivo le corresponde al Poder Constituyente. Nos parece que es más realista afirmar que las normas internacionales, tal vez con excepción de las que constituyen el *ius cogens*, adquieren en general su validez por medio del consentimiento que brindan los poderes públicos nacionales sobre la base de las competencias establecidas por una constitución, que sostener que las constituciones nacionales son dictadas por una habilitación contenida en las normas internacionales. La sanción de una Constitución por el constituyente significa la máxima expresión del derecho positivo de un Estado y el punto de partida para el reconocimiento y la sanción de las restantes normas jurídicas, incluidas las internacionales.

Nos parece que, de acuerdo con los contenidos y exigencias básicas de la teoría del poder constituyente y de la supremacía

constitucional que fundamentan nuestro sistema jurídico-político, se puede afirmar que la "supremacía" es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la "primacía" del Derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete, privilegiando la norma internacional, da plena operatividad a la propia constitución.

En base a lo expuesto en los apartados anteriores, nos inclinamos a sostener la tesis de que, en el supuesto caso de un conflicto insalvable entre normas constitucionales y convencionales, en el que no es posible su armonización, el juez nacional debe optar por dar eficacia a la norma constitucional sobre la convencional, salvo que sea el propio texto constitucional quien otorgue primacía a ésta última.

Consideramos que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados nacionales en el marco del proceso de regionalización y globalización. Éste ha debilitado el Estado-Nación moderno, ha relativizado partes importantes de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ella haya desaparecido. Los Estados nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico, y las instituciones y el Derecho internacional todavía están en proceso de conformación.

Si al ejercer el control de convencionalidad, la Corte IDH encontrara que una norma constitucional es claramente inconvencional podría instar a que ese país mediante los mecanismos de reforma previstos en su propia Constitución la modifique para hacerla compatible con los compromisos internacionales. Eso fue lo ocurrido en el caso de *"La última tentación de Cristo"* con la Constitución chilena que contemplaba en algunos casos excepcionales la censura previa.



**b) El puente legal: la adopción de las medidas internas para cumplir las obligaciones asumidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos**

En aras de lograr comprender la naturaleza subsidiaria del sistema internacional respecto del ordenamiento nacional, es necesario reconocer que las obligaciones libremente asumidas por los Estados en ejercicio de su soberanía se proyectan sobre todos los poderes del Estado y generan el deber de adecuación del ordenamiento interno a los compromisos internacionales que se han asumido. Esta obligación se encuentra claramente reflejada en el art. 2º de la CADH. Podemos hablar aquí de un “puente legal” entre el orden jurídico interno y el SIDH.

La Corte IDH recuerda que esta obligación de los Estados se proyecta también respecto de la obligación de establecer recursos judiciales internos adecuados y efectivos para proteger y garantizar los derechos reconocidos en la CADH. La inexistencia de recursos internos efectivos “coloca a una persona en estado de indefensión” y puede configurar un supuesto de excepción a la regla del previo agotamiento de los recursos internos.

**c) El puente hermenéutico: la interpretación de las normas internas sobre derechos humanos en conformidad con las normas de los tratados internacionales sobre esta materia**

Algunas constituciones han establecido pautas de interpretación de las propias cláusulas constitucionales a la luz de las normas o principios del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, cabe mencionar que la Constitución española, en su art. 10.2, afirma que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta misma pauta hermenéutica ha sido establecida en la cláusula transitoria cuarta de la Constitución del Perú, en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 y el

artículo 1 de la Constitución mexicana, luego de su reforma en el año 2010.

Podríamos hablar aquí de “un puente interpretativo o hermenéutico” entre el orden jurídico interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

**d) El puente jurisprudencial: el efecto expansivo, aunque no estrictamente obligatorio, de las interpretaciones otorgadas por los tribunales internacionales hacia los sistemas jurídicos de los Estados partes**

Cada Estado puede decidir con toda libertad que sus tribunales y órganos de gobierno tienen que tener en cuenta y seguir la doctrina jurisprudencial elaborada por la Corte IDH o por otros organismos o tribunales internacionales. Así, los máximos tribunales del Perú y de la Argentina han considerado que no sólo el texto de los tratados sobre derechos humanos, sino también la interpretación que de ellos realicen los tribunales internacionales tienen rango constitucional y deben ser seguidos como pauta hermenéutica insoslayable por los jueces nacionales. Se trataría de un “puente jurisprudencial” entre el orden jurídico interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

En la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México del año 2010, la Corte IDH da cuenta de cómo distintos tribunales supremos nacionales han receptado el seguimiento de las pautas jurisprudenciales por ella elaboradas:

“Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que: debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales



a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional 'sistémico', debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que: en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que: La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la

Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal 337. 230. Dicho Tribunal también ha establecido que: se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "*resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)*", por lo cual dicha Corte ha establecido que, "*en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional*". Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "*que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" ya que se "*trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*".



Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales".

Nos parece que la obligación de seguir los criterios jurisprudenciales no puede tener como base las normas convencionales de la CADH, porque en ese Tratado los Estados nacionales no se han comprometido internacionalmente a ello, sino a acatar las sentencias que la Corte IDH dicte en los casos en que ellos sean parte. A nuestro criterio, tampoco esa obligación no podría ser impuesta, aunque sí propuesta, por la propia Corte IDH por vía jurisprudencial. La obligatoriedad de seguir esos criterios jurisprudenciales sólo puede tener como base las decisiones constitucionales, legales o jurisprudenciales de los estados partes y rige con el alcance que allí se le ha otorgado.

En este sentido, Andrés Felipe López Latorre hace un interesante análisis a la luz del principio de subsidiariedad de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH:

"El control de convencionalidad plantea complejos retos desde el punto de vista del principio de subsidiariedad porque determina a priori la forma en que el sistema regional y el ordenamiento jurídico nacional deben relacionarse. El control de convencionalidad más extremo implicaría que existe una jerarquía implícita entre el sistema regional de derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales, dando primacía a la CADH y a las interpretaciones que de ella haga la corte sobre las normas nacionales y de esta forma, otorgándole el tratamiento de una constitución regional, y un rol de corte constitucional regional a la Corte IDH. La versión extrema del control de convencionalidad desconoce el principio de subsidiariedad en tanto que extiende la influencia del corpus iuris interamericano

y de la Corte IDH hasta el punto de reducir gravemente el margen de decisión de los Estados en la implementación de sus obligaciones internacionales, y amplía las obligaciones internacionales de los Estados parte más allá de lo que ellos aceptaron al ratificar la CADH con el fin de que dicho instrumento tenga un efecto útil. Una versión más moderada del control de convencionalidad, como la desarrollada implícitamente en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, define la obligación de los órganos del Estado de ejercer un control de convencionalidad en el marco de sus competencias de acuerdo con el derecho nacional. Por lo tanto, no hay un modelo de control de convencionalidad único pues este control depende de las normas de cada Estado que dotan de competencia a sus órganos. En este orden de ideas, la fuerza normativa de la obligación del control de convencionalidad debe ser entendida de acuerdo con las propias competencias de los órganos del Estado. Hemos observado un intento de la Corte IDH de vincular conceptualmente el control de convencionalidad con el principio de subsidiariedad en la Sentencia de supervisión del caso Gelman Vs. Uruguay, luego en el caso Andrade Salmón vs. Bolivia, y finalmente en la OC 24/17. Todas estas Sentencias siguen de alguna forma la versión del control de convencionalidad establecida en el caso Masacre de Santo Domingo en el cual la Corte IDH afirmó que: *"la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana", coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"*.

De igual forma, el caso Andrade Salmón vs. Bolivia reiteró y profundizó en la idea que los Estados son los principales garantes de los derechos humanos en su jurisdicción, y por lo tanto, el control de convencionalidad es una obligación que surge para coadyuvar a los Estados en su labor. En este orden de ideas, el



control de convencionalidad busca ayudar a que la interpretación y aplicación de las normas nacionales por parte de los Estados parte sea consistente con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta conexión conceptual no ha tenido aun efectos normativos significativos. Una posible interpretación del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad deriva de la diferencia entre los alcances y grado de vinculación de las de las sentencias de la Corte IDH cuando los Estados hacen parte del litigio (*res judicata*), o el efecto vinculante erga omnes que pretende tener la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) introducida en la sentencia de supervisión de cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*. Esta distinción de la eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana puede dar lugar a pensar que existen “que existen dos manifestaciones distintas del control de convencionalidad, dependiendo si un Estado ha sido parte de un procedimiento o no”. De acuerdo con esta visión, existen dos formas de control de convencionalidad: 1) una estricta y absoluta cuando el Estado hizo parte del litigio (*res judicata*), y 2) una flexible y relativa para todos los Estados parte que no intervinieron en el litigio internacional (*res interpretata*). En la primera modalidad de control de convencionalidad, las autoridades nacionales deben cumplir el fallo en su integridad y no pueden apartarse de la interpretación de las normas convencionales realizada por la Corte IDH incluso cuando esta interpretación es contraria a normas nacionales. Esta obligación tiene fundamento en el artículo 68.1 de la CADH, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. En la segunda modalidad de control de convencionalidad, la interpretación es flexible porque debe considerarse las reservas, declaraciones interpretativas o denuncias realizadas por los Estados parte a la hora de interpretar sus obligaciones internacionales, y es relativa porque la interpretación de Corte IDH de las normas convencionales constituye un mínimo del cual los Estados pueden apartarse si las autoridades nacionales ofrecen una interpretación “que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional”. Incluso, sostiene la Corte IDH, que los Estados pueden dejar de aplicar la norma convencional “cuando exista otra norma nacional o internacional

que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana”. Por consiguiente, bajo esta modalidad del control de convencionalidad, dicho control no implica la supremacía normativa de la CADH interpretada por la Corte IDH, sino que la obligación de control debe realizarse de conformidad con el valor normativo que el ordenamiento jurídico otorga a los tratados internacionales y a las interpretaciones que de estos hacen los órganos competentes”.

### e) La Doctrina del margen nacional de apreciación

El margen nacional de apreciación es una doctrina jurídica, un criterio jurisprudencial y una técnica hermenéutica tendiente a que “cuando (los tribunales internacionales) interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales”.

Según la doctrina del margen nacional de apreciación (MNA), elaborada por la Corte EDH, debe reconocerse a los Estados partes un cierto grado de libertad y la posibilidad de diferenciación entre ellos en el modo en que cumplen las obligaciones establecidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por ello, sólo corresponderá la intervención subsidiaria de los tribunales regionales y condenar a un estado a dejar sin efecto una decisión de sus órganos nacionales cuando ella viole de modo claro, manifiesto e incuestionable el contenido esencial de un determinado derecho humano reconocido convencionalmente. Un indicio de que estamos ante ese supuesto es que exista en la materia un consenso generalizado entre los ordenamientos jurídicos nacionales en la materia del caso sujeto a la decisión del tribunal regional. La falta de ese amplio consenso inclinará en principio a la Corte EDH a ser deferente con la solución dado al caso en la sede nacional.



La doctrina del margen de apreciación nacional varía su alcance de acuerdo con la naturaleza del derecho que se trate y con el contexto histórico por el que atraviesan los diferentes países signatarios del Convenio. Naturalmente hay derechos humanos tales como el no ser privado de la vida arbitrariamente, ni desaparecido, ni torturado o sometido a esclavitud en donde el margen nacional de apreciación es inexistente y otros, en cambio, en los que, dado la necesidad de la armonización con otros derechos o bienes públicos, se puede admitir un margen nacional de apreciación más amplio.

**f) El principio *pro homine* como criterio interpretativo final en materia de derechos humanos**

Para la armonización entre normas internacionales y constitucionales, habrá que elegir aquella que otorgue mayor protección a los derechos humanos en el caso concreto que se plantea. De esta manera este principio fundante del derecho internacional de los derechos humanos se erige en un criterio interpretativo armonizador en la resolución de los casos relativos a derechos humanos. Podemos aquí hablar de un “puente” axiológico entre ambos sistemas.

**g) Necesidad del previo agotamiento de las instancias locales para poder acudir a los tribunales internacionales**

La dimensión procesal del principio de subsidiariedad que hemos expuesto en el Capítulo anterior reclama que antes de acudir a los organismos y tribunales internacionales se haya acudido a los tribunales nacionales, se hayan agotado las instancias internas y se haya esperado el tiempo oportuno para producir esos pronunciamientos. Una intervención prematura e intempestiva de los órganos internacionales puede ocasionar serias dificultades a la adecuada armonización de la actuación de los tribunales nacionales e internacionales. Habrá que tener esto especialmente en cuenta en la adopción de medidas preventivas tanto por parte de la CIDH como de la Corte IDH.

Como bien explica el juez Cançado Trindade en su voto concurrente en el caso de los “Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, “‘no toda violación’ de los derechos humanos cometida por los agentes del Estado acarrea la responsabilidad internacional estatal [ello por cuanto] el Estado no incurre en responsabilidad si investiga los hechos, sanciona los responsables y provee las reparaciones debidas”.

Este principio guarda también estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que esta última garantía exige que las demandas sobre posibles violaciones a los derechos humanos sean adecuadamente atendidas y decididas en tiempo oportuno, en primer lugar, por los tribunales nacionales. Si ello no ocurre, más allá de la resolución que se adopte sobre el fondo de la cuestión, existirá una lesión a la garantía de la tutela judicial efectiva que deberá ser remediada en sede internacional.

Comentando críticamente algunas decisiones de la Corte IDH, en la que hubo votos en disidencia, afirma Andrés Felipe López Latorre:

“Con frecuencia, los Estados demandados interponen la excepción preliminar de ausencia de agotamiento de los recursos internos con muy poco éxito, pues la Corte IDH rechaza la excepción con fundamento en las reglas jurisprudenciales que exceptúan el requisito de admisibilidad de agotar los recursos internos. En este periodo las disidencias de algunos jueces en los casos Duque vs. Colombia, y Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú, advierten acerca del problema que puede generar la omisión de requerir el agotamiento de recursos internos, y por ende, ponen en tela de juicio la naturaleza subsidiaria y complementaria del SIDH. De acuerdo con los jueces Vio Grossi y Ventura en el Caso Duque vs. Colombia, la Corte IDH debió haber acogido la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos- o la CIDH no debió haber sometido el caso a la Corte IDH en primer lugar - porque el demandante no había agotado los recursos internos. Esto en razón a que, sus acciones en sede interna buscaban únicamente el acceso a la pensión y no que se declararan como contrarias a la



CADH las leyes que le impedían su acceso al mencionado beneficio. Tanto así que aún después de haber sido admitida la demanda, la Corte Constitucional colombiana modificó la norma que afectaba al señor Duque abriendo una serie de vías administrativas y judiciales desde el año 2007 para acceder a la pensión de sobreviviente que demandaba. Sin embargo, al momento de la decisión, el señor Duque, injustificadamente, no había interpuesto ninguna de estas medidas.

Es también de resaltar que la Corte Constitucional colombiana ya había determinado que las normas colombianas eran discriminatorias y por lo tanto inconstitucionales, de modo que el objeto litigioso fue resuelto de forma previa a la decisión de la Corte IDH. No obstante, el tribunal interamericano decidió pronunciarse sobre los mismos hechos en relación con la violación al derecho a la igualdad. El argumento de la Corte IDH para hacer esto es que a pesar de que la decisión de la Corte Constitucional subsanó el hecho ilícito, no reparó por completo la violación al trato discriminatorio al señor Duque pues este no recibirá un pago retroactivo por los hechos anteriores a la decisión de la Corte Constitucional. Por lo tanto, según la Corte IDH, el hecho de no reparar satisfactoriamente al señor Duque por el trato discriminatorio que sufrió hizo que el hecho ilícito se mantuviera durante el tiempo. Esta extensión de la competencia de la Corte IDH entra en conflicto con la naturaleza de la subsidiaria del SIDH en cuanto que, a pesar de que Colombia ya había modificado las normas que daban origen a la vulneración de los derechos del accionante y habiendo creado una serie de recursos internos para que éste pudiera acceder a la pensión de sobreviviente, la Corte IDH decidió proseguir con el caso. Esta decisión deja abierto el cuestionamiento acerca de la intención de la Corte IDH en este caso, si era en realidad resolver efectivamente una vulneración de derechos humanos concreta o aprovechar una decisión para adelantar una agenda.

De forma similar, en el caso *Trabajadores Cesados vs. Perú*, la Corte IDH determinó que los peticionarios estaban exceptuados de agotar los recursos internos porque no estaban obligados a presentar el

recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional porque no había una posibilidad real y eficaz de obtener una decisión adecuada por parte del tribunal nacional. Sin embargo, como lo expresa el juez Sierra Porto en su voto disidente, dicho razonamiento de la Corte IDH obedece a una desproporcionada extensión del “marco temporal en que los recursos intentados ante el Tribunal Constitucional carecían de efectividad” que obedecía a un momento histórico ya superado. Esta desconfianza en la capacidad institucional de las autoridades nacionales conlleva a la Corte IDH a decidir aun cuando todavía existan posibilidades de que Perú pudiera resolver por sí mismo la violación”.

En una reciente Declaración, cinco estados latinoamericanos han puesto de manifiesto que “el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional”.

#### **h) El puente judicial: la necesidad de colaboración de los órganos de gobierno y tribunales nacionales para el cumplimiento y ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales**

Las sentencias de los tribunales internacionales no siempre tienen previstos mecanismos de ejecución para sus decisiones y suelen requerir la intervención de los funcionarios y jueces locales para su efectivización. El leal acatamiento y la actitud de colaboración de las instancias nacionales resultan decisivos para la operatividad de lo decidido en sede internacional. Para ello, se hace necesario regular cómo se ejecutarán en el país.



**i) El puente institucional: la necesidad de un diálogo interjurisdiccional real, intenso y en ambas direcciones**

Hemos ya señalado que el SIDH es complementario y subsidiario de la protección que brindan los estados nacionales, quienes son los principales responsables de su garantía y promoción. Ambos sistemas son diferentes, independientes y no hay entre ellos una estricta dependencia jerárquica. Sin embargo, están llamados a mantener una intensa interacción recíproca de cara al logro del objetivo común que pretenden alcanzar: la protección y defensa de los derechos humanos de las personas que viven en el continente americano. Debido a ello, el diálogo interjurisdiccional surge como una necesidad ineludible y creciente. El carácter internacional, regional e intergubernamental de los actuales sistemas jurídicos y políticos requieren de un diálogo sincero y de calidad entre los tribunales nacionales e internacionales: interacción, interpretación armónica, internalización, fecundación cruzada.

Hemos visto, en el apartado d) de esta sección, cómo los tribunales nacionales de los distintos países de la región se han abierto y han receptado de modo creciente la doctrina jurisprudencial elaborada la Corte IDH. Podríamos hablar de un fuerte desarrollo de esta dimensión “descendente” del diálogo interjurisdiccional, si bien, como ya se dicho, no existe entre ambos tribunales una relación jerárquica, sino que se trata de un sistema multifocal con interacciones recíprocas.

Confirmando lo que aquí se afirma, ha sostenido Diego García-Sayán, cuando era Presidente de la Corte IDH: “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita”.

Cabe ahora preguntarnos acerca de la dimensión “ascendente” del diálogo interjurisdiccional: ¿Cómo ha sido la recepción y tratamiento por parte de la Corte IDH de las doctrinas elaboradas por los jueces nacionales? Pareciera que esta dimensión ha sido menos intensa que la anterior, que ha primado cierta unidireccionalidad en el diálogo interjurisdiccional.

Sin embargo, se advierte en algunas recientes sentencias del tribunal con sede en Costa Rica una mayor consideración en sus decisiones de lo que se ha comenzado a denominar “derecho común latinoamericano”, es decir, el modo similar o coincidente en que las normas y tribunales nacionales de la región regulan o resuelven una determinada cuestión. Así, a modo de ejemplo, se puede señalar que en la sentencia del caso Gelman, la Corte IDH analiza a partir del párrafo 215 el tema de “las amnistías y la jurisprudencia de tribunales de Estados Parte en la Convención”. Es interesante en este punto de las amnistías la retroalimentación que se ha dado entre la jurisprudencia de uno y otro nivel. Otro ejemplo que se puede mencionar en este mismo sentido es el párrafo 164 de la sentencia en el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, en el que la Corte IDH pasa revista al modo en que las constituciones y legislaciones nacionales consagran el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente a la puesta en marcha de políticas públicas que puedan afectarlos. La determinación mediante criterios objetivos de la existencia de ese “derecho común latinoamericano” puede ser un instrumento valioso para la determinación de los estándares interamericanos de los distintos derechos protegidos convencionalmente, más allá de que ambos conceptos no deben confundirse ni asimilarse.

Ariel Dulitzky, expresa la urgente necesidad de una mayor apertura por parte del tribunal internacional a las doctrinas que vayan elaborando los tribunales nacionales en el ejercicio del control de convencionalidad que, conforme al principio de subsidiariedad y a la propia jurisprudencia de la Corte IDH, le compete de modo primario a ellos. Señala que el tribunal con sede en Costa Rica aún no ha fijado una doctrina clara al respecto y que parecerían ser mayores



las referencias a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y otros órganos internacionales que las correspondientes a la doctrina de los tribunales nacionales latinoamericanos. Sostiene que el diálogo tiene que ser bidireccional (de lo contrario corre el riesgo de transformarse en un simple monólogo) y tener en cuenta tanto las doctrinas jurisprudenciales afines y conformes con los criterios que fija la Corte IDH, como aquellas que no lo son. Son todas estas exigencias básicas para la existencia de un diálogo real y auténtico.

Cabe esperar en este sentido una evolución similar a la que se ha producido en el diálogo interjurisdiccional entre la Corte EDH y la Corte IDH. Inicialmente era el tribunal interamericano el que sólo citaba en sus fallos las sentencias de la Corte EDH. Con el paso del tiempo, también la Corte EDH ha comenzado a tener en cuenta las doctrinas elaboradas por su par de Costa Rica.

Desde el punto de vista institucional, se pueden aprovechar las periódicas visitas de los jueces de la Corte IDH a los países de la región para tener actividades académicas de intercambio de opiniones torno a temas de interés común con los ministros de las Cortes nacionales

Estas ocho pautas que hemos expuesto pueden ayudar a resolver algunos de los problemas de armonización que se plantean entre los órdenes jurídicos nacionales y el derecho internacional o regional de los derechos humanos, pero no solucionan todos los conflictos que se pueden dar, ya que ambos sistemas jurídicos e institucionales, el nacional y el internacional, continúan funcionando de modo parcialmente independiente.

### 3. CONCLUSIÓN

Nos parece que el adecuado respeto de estas pautas jurídicas e institucionales expuestas a lo largo de esta ponencia, mantendrá al SIDH y a la actuación de la Corte IDH dentro de los límites acordados por los estados partes, evitará algunos graves conflictos y

garantizará la supervivencia, autoridad, credibilidad y efectividad del sistema en su conjunto.

Cualquier modificación de estos principios estructurales que afecte los compromisos fundacionales de los estados partes requerirá de un previo debate y acuerdo de todos ellos. Así ha actuado el SEDH cuando juzgó necesario introducir cambios a su funcionamiento y así debe proceder el SIDH.

Hasta el momento los estados de la región no han decidido trasladar a la Corte IDH la resolución de las cuestiones decisivas de su sistema político y jurídico e intentar asumir indebidamente ese rol puede ocasionar muchos trastornos a la viabilidad del SIDH que gradualmente se va construyendo en la región.



## PRESENTACIÓN DE AVANCES DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO CONSTITUCIONAL

### “INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA”



***Carlos Alberto Calderón Medrano***

*Con una breve conmemoración a los cien años de existencia del Tribunal Constitucional de Austria, así como su Ley Constitucional Federal de 1920, el MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano, Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, afirmó “...el control de constitucionalidad, ha motivado que la Constitución de Austria sea el resultado de una amplia tradición jurídica y política, tránsito en el modelo norteamericano que no es ajeno, tanto por el sistema federal de organización político-administrativa como por su Constitución eminentemente normativa...”.*

*Calderón Medrano, al referirse a la interpretación de derechos fundamentales, hizo énfasis en la necesidad de acudir a la voluntad del constituyente, en cuyo caso son de absoluta relevancia el cúmulo de*



*resoluciones labradas, por cuanto, otorgan una visión amplia y panorama concreto de las facultades reconocidas a la ciudadanía, es más, no puede descuidarse el cuerpo axiológico constitucional; empero, con un criterio profundo, su abordaje académico tuvo un acercamiento directo a la interpretación forjada por los tratados y convenios internacionales, a razón de que el texto constitucional de Bolivia los incluye al Bloque de Constitucionalidad.*

## **CONSIDERACIONES PREVIAS CONMEMORATIVAS A LOS 100 AÑOS DEL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA 1920**

El Tribunal Constitucional de Austria, es probablemente la principal contribución del Derecho Austriaco al Derecho Constitucional en el mundo. Precisamente, la Ley Constitucional Federal de Austria de 1920, en tanto norma fundamental, creó un Órgano inédito encargado del control de las leyes (art. 140 LCF) denominado Tribunal Constitucional. Es posible afirmar que la gesta de tan importante tribunal, tiene actores y momentos de mucha importancia, a saber, el académico francés Conde Emmanuel – Joseph Sieyès, el jurista austríaco Georg Jellinek y, como emergencia de la consolidación de la Primera República Austríaca corresponde destacar el rol del Canciller Renner, quien incluyó en la Comisión de redacción de la Constitución al maestro más influyente del siglo XX Hans Kelsen.

Esta Norma Fundamental trascendió el espacio y el tiempo, porque rescata la solución a los problemas competenciales que ya se presentaban durante la última etapa del extinto Imperio Austro Húngaro, entre el Bunder o nivel central y los Landers o Estados Federados, tema ampliamente aboradado desde la cátedra de la Universidad de Viena por Geog Jellinek a quien preocupaba la hegemonía de las mayorías parlamentarias a tiempo de determinar la compatibilidad de las normas mediante un ejercicio de control político; y, de otro lado y momento histórico, la heredada razón de privar a los jueces la emisión de normas que ellos mismos podían aplicar durante un año judicial y que, en cuentas finales, no cumplían, determinación que, si bien ya se presentaba en los Edictos emitidos por los Pretores Romanos, emergió del amplio debate constituyente francés y de los postulados de la propia Revolución Francesa que asumió dicho rol legislativo-jurisdiccional como muy propio del *ancient regime* o régimen anterior a la revolución, denotando una connivencia perniciosa entre la Monarquía y sus jueces.



Como es evidente, el control de constitucionalidad ha motivado que la Constitución Austríaca sea el resultado de una amplia tradición jurídica y política, tránsito en el que el modelo norteamericano no es ajeno, tanto por el sistema federal de organización político administrativa como por su Constitución eminentemente normativa y escrita -nótese que la estructura constitucional hizo posible que a través de las sentencias que resolvieron los casos *Hylton vs Estados Unidos* en 1796 y *Marbury vs. Madison* de 1803, sea posible la vigencia del *judicial review*, haciendo posible la revisión eminentemente jurisdiccional de una Ley del Congreso, lo que bien podemos denominar como control de constitucionalidad-.

Es evidente que el modelo Austríaco no optó por un control difuso de constitucionalidad, como el antedicho caso norteamericano, pero no es menos cierto que asumió el reto de establecer dicho control otorgando una facultad al Tribunal Constitucional para emitir pronunciamiento sobre la presunta inconstitucionalidad de las leyes, mediante un mecanismo que desde entonces y hasta ahora reconocemos como control concentrado; precisamente el art. 140.1 de la citada Ley Constitucional Federal, establece que esto era posible: "a petición de toda persona que alegue lesión directa en sus derechos por dicha inconstitucionalidad sin que se haya dictado sentencia judicial ni resolución administrativa".

La indicada Ley Constitucional Federal, también prevé que el Tribunal Constitucional conozca el recurso por vulneración de derechos constitucionalmente garantizados, recurso que únicamente podría ser presentado contra decisiones administrativas de última instancia, pero no contra sentencias judiciales, de modo que tanto tribunales ordinarios como tribunales administrativos escapan al control tutelar de derechos fundamentales (art. 144.1.1 LCF). También prevé recursos jurisdiccionales similares ante el Tribunal Constitucional para el control de la posible vulneración de derechos fundamentales por reglamentos y tratados internacionales (arts. 139, 139.a y 140.a LCF). Y Aunque en esa época los derechos no estaban sólo reconocidos por la Ley Constitucional Fundamental, pues estos también podían ser reconocidos por leyes, siempre

que exista un interés público, la injerencia sea proporcional y se respete el contenido esencial; de esta manera, es posible inferir la constitución de un mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales y caracterizar al Tribunal Austríaco como un Órgano que ejerce el Control de Constitucionalidad, como garante de la Supremacía Constitucional.

Indudablemente este gran salto del constitucionalismo en Austria de 1920, es inspirado por Hans Kelsen, quien luego sería Magistrado del Tribunal Constitucional y, posteriormente, su presidente, habiendo desarrollado jurisprudencia importante que luego fue esencial en el devenir del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Precisamente, el Derecho Constitucional Austríaco, que está compuesto por la Ley Constitucional Federal, así como las cerca de 100 leyes constitucionales federales, normas de carácter constitucional, están situadas en la posición suprema del ordenamiento jurídico, las que son garantizadas por el Tribunal Constitucional, órgano que también está a cargo de la interpretación de las normas de carácter constitucional, utilizando para ello principios claves que guían la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, como el Principio Democrático, la República, el Estado de Derecho (división de poderes y derechos fundamentales) y el carácter federal del Estado. Es importante reconocer que la Ley Constitucional Federal de Austria sigue en actual vigencia, y aunque tuvo algunas modificaciones consideradas como reforma total, o que modificaba sus bases estructurales, la más importante es la de 1995, con ocasión a la adhesión de Austria a la Unión Europea, porque se consideraba que este acto impactaba en los principios: democrático, federal y del Estado de Derecho.

El Tribunal Constitucional Austríaco, es uno de los dos grandes modelos de revisión constitucional institucionalizada que hay en el mundo, ya son más de 258 Estados en el Mundo que adoptaron sistemas similares a los que la jurisdicción constitucional está concentrada en un solo tribunal centralizado. Órgano que está a cargo del control de normatividad y supremacía de la constitución,



pero, además, de garantía de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo y de resolución de conflictos competenciales.

La Constitución Política del Estado de 2009 en Bolivia, adoptó rasgos importantes de la Ley Constitucional de Austria y el modelo de Control Concentrado de Constitucionalidad, por lo que la trascendencia conmemorativa de los 100 años del Tribunal Constitucional de Austria, como la remembranza de la genialidad innovadora de Hans Kelsen con el Estado de Derecho, es un rasgo fundamental del constitucionalismo en el mundo hasta nuestros días, y se proyecta al futuro incluso en las constituciones más progresistas y modernas en el globo.

Por lo tanto, la contribución del Tribunal Constitucional de Austria de 1920, que emerge de la Ley Constitucional Fundamental, constituye un aporte fundamental al derecho constitucional, y principalmente el Control de Constitucionalidad, el Estado de Derecho como una conquista civilizatoria, emancipadora, altamente garantista y de equilibrio para la coexistencia social, todo resguardado por el principio de supremacía de la Constitución, para la mejor protección de los Derechos Fundamentales a través de las acciones de defensa o garantías constitucionales.

Para concluir con este breve reconocimiento y conforme lo antes señalado, es un despropósito calificar de superado o regresivo el pensamiento positivista de Hans Kelsen, porque no es sino a partir del principio de la jerarquía normativa que se puede reconocer a la Norma Fundamental en la cúspide del ordenamiento jurídico y como eje principal y rasgo vital del Estado de Derecho; aspectos que ciertamente están en la parte medular del Derecho Constitucional y del Constitucionalismo. Esta característica tan importante es el punto de partida para el estudio del control de constitucionalidad y permite desentrañar la importante función de los Tribunales Constitucionales.

## 1. INTRODUCCIÓN

A través de la historia, dos tipos de control de constitucionalidad han ocupado los estudios de la materia, en primer lugar el control político, caracterizado en Francia, como una manifestación de rechazo al *ancient regime* o régimen anterior por excelencia monárquico; y por otro lado, el control judicial, que inicialmente fue difuso, verbigracia el sistema constitucional estadounidense a través del *judicial review*, pero también el control judicial concentrado, a partir de las discusiones de 1931, sobre quién debe ser el Defensor de la Constitución, entre Hans Kelsen, Defensor del control por un Tribunal Constitucional; y, Carl Schmitt, que postulaba un control político de la Constitución. El Desarrollo histórico del constitucionalismo e incluso de los denominados neoconstitucionalismos, han dado la razón a Kelsen, cuando menos en la determinación de quién debe controlar la primacía de la Constitución.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional es receptor de esa amplia tradición constitucional, por tanto, es el máximo guardián, contralor y único intérprete de la Constitución Política del Estado. Al respecto, el art. 196.II constitucional, reconoce tres presupuestos fundamentales: a) Una función interpretativa; b) La determinación de dos criterios de interpretación; y, c) La aplicación preferente de dichos criterios, cuando establece:

"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".

La interpretación, sea de la Constitución o de la ley, supone una comprensión holística, sistémica e integradora de la Norma Fundamental, asumiendo que es un todo indisoluble y con carácter fundamental. En este sentido, corresponde analizar y, en caso posible, deconstruir la citada cláusula de criterios de interpretación, dejando en claro la preferencia de la voluntad del constituyente y el tenor



literal del texto. De ambos criterios se puede significar la previsión de premisas o pautas, preferentes a otros criterios, métodos o tipos de interpretación; lo que no es ajeno al poder originario del pueblo, concentrado en la Asamblea Constituyente, característica que cierra el Preámbulo de la Norma Fundamental boliviana y que recae en el carácter que el art. 7 de la Constitución asigna a la soberanía; luego la regla interpretativa recae en el tenor literal que sujeta cualquier ejercicio interpretativo al uso y significado del lenguaje, conocido y común para todos. Solo así, es posible una aproximación al término "PREFERENCIA", vocablo que procede del latín "*praeferens*", que refiere a la ventaja o primacía que algo o alguien tiene sobre otra cosa o persona.

Una elección entre diversas alternativas y la forma de ordenarlas, supone una mandato de jerarquización, que bajo un sentido lógico y en el caso boliviano, privilegia dos criterios expresamente enunciados, sin embargo, más allá, la Constitución incorpora otros criterios, a saber la incorporación del bloque de constitucionalidad (a través del art. 410 de la Constitución) amplía el abanico de garantías para el mejor ejercicio y protección de los derechos humanos y fundamentales, sin embargo, incluso este mecanismo garantista y convencional, para la Constitución boliviana subyace a la regla y condición de preferencia, que en sentido práctico supondría la revisión de la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto, antes que la aplicación de los tratados y convenios de Derechos Humanos, porque para ello el art. 256.II establece otra condición adicional, la menor protección del Derecho Interno, aspecto que naturalmente debe ser demostrado, fundamentado y suficientemente argumentado.

En ese sentido y para completar la idea, si bien existe el encargo del Constituyente para el intérprete, de aplicación preferente de los criterios interpretativos normativamente previstos y ya señalados, antes que cualquier otro método, forma o tipo de interpretación; empero y ante la posibilidad de no encontrar una respuesta razonable-, el intérprete pueda acudir a otros criterios o métodos interpretativos, a saber, los previstos por el art. 2 del Código

Procesal Constitucional (CPCo): a) La interpretación sistemática; y, b) La interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales.

Sin embargo, no es menos evidente que a tiempo de aplicar un criterio de interpretación emerge una tensión o antinomia entre la regla general interpretativa del art. 196.II, que establece criterios de interpretación preferente -se entiende para todo el texto constitucional incluido el bloque de constitucionalidad-- respecto al art. 13. IV, ambos de la Constitución, que es la norma específica para interpretar derechos fundamentales, que indica que debe hacérselo conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Bolivia. Estos últimos que al igual que los derechos fundamentales contienen derechos humanos igualmente abstractos, genéricos y declarativos.

En consecuencia, corresponde interpretar y determinar el significado y concepto de los dos criterios de interpretación preferentes, que establece el precepto constitucional en estudio "*...la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto*". Nótese que ambos poseen una larga tradición positivista, porque procuran una respuesta en la voluntad del constituyente o legislador, y segundo en el propio texto, dejando poco o ningún espacio al intérprete para interponer su razón o moral que resulte ajeno o contrario al concebido por el Constituyente o el propio texto de la norma, de ahí su naturaleza exegética. Así, en una breve aproximación teórico doctrinal, podemos señalar:

**1º La voluntad del constituyente**, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones. Este criterio corresponde al método de interpretación auténtica, que procura el resguardo de la norma, acudiendo en caso de duda a la voluntad del legislador o constituyente, que según el caso concreto fue el creador de la misma; ahora bien, se puede citar como documentos importantes: los informes de comisiones por mayoría y minoría, las actas de debates de la Asamblea Constituyente, y finalmente las resoluciones que serían los textos aprobados vía resolución.



**2° El tenor literal del texto**, que corresponde al método gramatical, destinado a identificar el significado de los vocablos y enunciados en el propio precepto interpretado, ya sea a través de herramientas propias del lenguaje, como ser la etimología, semántica o la sintaxis, entre otras. Consiste en fijar en el sentido literal de las palabras del artículo o precepto constitucional, pues se trata de determinar, "el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general de esas palabras", tratando de clarificar el entendimiento que el constituyente dio a determinadas palabras.

Como es evidente, ambos criterios de interpretación se acercan al iuspositivismo, porque pretenden asegurar la conservación de la norma y evitar la discrecionalidad judicial; no obstante, hay ámbitos en los que ni el texto de la Constitución, ni la voluntad del constituyente expresada en sus documentos, actas y resoluciones pueden coadyuvar a encontrar el sentido o contenido de una norma expresa, como es el caso de los Derechos Fundamentales, los cuales se citan en los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y casi en todos los textos constitucionales, de manera declarativa y abstracta, siendo necesario determinar previamente su significado, alcance y contenido; para estos casos, es posible aplicar la permisión normativa contenida en el vocablo "preferencia", de manera que luego de haber aplicado los dos criterios ya señalados, se debe acudir a otros criterios o métodos de interpretación desarrollados por la doctrina, siempre en concordancia sistemática con la Constitución.

Al respecto, si bien los criterios de interpretación antes descritos son generales para la interpretación de todo el texto constitucional, el art. 13.IV de la Constitución Política del Estado determina un criterio específico para interpretar los derechos fundamentales:

*"...los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia."*

Concordante a lo señalado, uno pensaría que los Tratados y Convenios Internacionales de los Derechos Humanos ratificados por el Estado boliviano, tendrían mayor amplitud, especificidad, o significación de los derechos humanos reconocidos ; no obstante, encontramos textos con características similares al texto constitucional, pero que en su esencia son amplificadas en cuanto a su generalidad, abstracción, y declaratividad, encontrándose algunos elementos guía que tampoco constituyen criterios de interpretación, sin embargo, actualmente muchos aplicadores de la Constitución, interpretan los derechos fundamentales acogiendo las pautas interpretativas que realizó en su momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso concreto, haciendo de la jurisprudencia de la Corte una norma, que luego introducen en el Derecho Interno a través de la jurisprudencia, cuando se debe considerar que solo constituye una fuente indirecta, con carácter persuasivo del Derecho, que a entender del investigador, pudiera colocarse luego de tomar en consideración la utilización de los principios y valores ético morales previstos en la Constitución como criterios de interpretación; esta propuesta supone una apropiación y significación del Derecho más cercana al texto constitucional, tomando en cuenta los valores y principios culturalmente aceptados y ejercidos por el pueblo boliviano, rescatados por el constituyente, antes que los estándares internacionales.

No se debe perder de vista, que, conforme al tantas veces referido mandato de preferencia, emerge una pauta hermenéutica a partir de la construcción colectiva de la Constitución y en procura de la aceptación y pertinencia de la decisión previa interpretación, lo que bien podría pasar por el examen de una regla de validez, esta vez de la interpretación. Así, la aplicación de la jurisprudencia de órganos internacionales, a saber del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, podrían tener un carácter persuasivo mientras no se derrote la regla de preferencia del art. 196.II de la Constitución y la condición subsidiaria dispuesta por el art. 256. II de la Constitución, última cita normativa que exige la aplicación del Derecho interno con preferencia y permite la aplicación de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, sí y solo sí exista insuficiencia del citado Derecho Interno.



En consecuencia, corresponde referirse a la utilización que hacen los abogados, jueces y autoridades del poder público del art. 256 de la CPE, como criterio de interpretación, cuando el texto del mismo indica:

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

Por lo que se evidencia, que se trata más bien de una cláusula de aplicación preferente de normas y no así un criterio de interpretación de derechos fundamentales; pues, da la posibilidad de aplicar preferentemente un tratado internacional de derechos humanos ratificado por Bolivia, pero con una cláusula de cumplimiento condicional "...que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución..."; vale decir, que debe requerirse del juez constitucional o aplicador de la norma constitucional, que:

- Como primer paso identifique la norma constitucional supuestamente desfavorable;
- En segundo lugar, identifique el precepto o artículo del tratado internacional supuestamente más favorable;
- Finalmente, realice el juicio comparativo que argumente en qué medida la norma internacional es más favorable que la constitución y a partir de ello, y bajo una condición de agotamiento de las pautas antes señaladas, recién proceda a aplicar preferentemente el tratado internacional en materia de Derechos Humanos.

De esta manera, la propia Constitución no permite que el juez constitucional alegue los arts. 13, 256 y 410 de la CPE, para aplicar de manera directa y pasando por alto el texto constitucional, los tratados internacionales y menos pretenda que la jurisprudencia de la Corte IDH pueda ser aplicada de manera preferente a la Constitución.

Esta interpretación se la realiza utilizando el método sistemático, entrelazado con el citado art. 410.II de la Constitución, que establece lo siguiente:

*"La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes".*

De esta manera, el principio de Jerarquía Normativa Constitucional sitúa en la misma jerarquía (Bloque de Constitucionalidad) a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia; por cuanto, por un orden lógico, se entiende que la norma naturalmente aplicable es la Constitución, ya que la permisión de favorabilidad es para los casos en los cuales el aplicador encuentre una norma más favorable, que como en toda decisión judicial, ésta deberá ser fundamentada y motivada, **adhiriendo de esta manera una carga argumentativa obligatoria a la hora de establecer esa favorabilidad.**

Empero, se ha vuelto una práctica común en el contexto nacional, que los aplicadores de derechos fundamentales, utilizando un supuesto método *"desde y conforme a la Constitución"*, citen los arts. 13, 256 y 410, y luego copien una interpretación extraída de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando aplicación preferente, cuando en realidad no existe un desarrollo argumentativo normativo, previamente a establecer la favorabilidad y preferencia del texto internacional, y la desfavorabilidad del texto constitucional, que en el caso



presente es un presupuesto y condición de aplicación preferente, por lo que fácilmente puede ser cruzada esa delgada línea entre discrecionalidad y arbitrariedad.

De manera que también, así como se extraña una fundamentación y motivación que explicita la favorabilidad del texto internacional, cabe en este punto realizar una concreción de lo que se entenderá por la interpretación desde y conforme a la Constitución.

Así el criterio de interpretación "*desde la Constitución*" nos lleva a la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, Giovanni Tarello entiende por "constitucionalización" a aquel proceso histórico-cultural por el cual, una vez que todo se ha desarrollado y realizado, viene a configurarse como una relación jurídica entre el poseedor del poder político y los que están sujetos al poder; por lo que se concibe como un cambio de relación entre gobernados con el gobernante.

Para Riccardo Guastini, la constitucionalización significa un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, en el cual éste queda "impregnado" por normas de carácter constitucional, es decir se procura la armonización de todo el sistema de acuerdo al texto constitucional.

Por otro lado, interpretar **conforme a la Constitución** es aquel método utilizado, cuando un Estado ha experimentado una reforma Constitucional total o parcial, y las normas de menor jerarquía, habitualmente leyes, quedan desfasadas del nuevo texto constitucional, para lo que el Tribunal Constitucional o interprete, en su labor de control normativo, realiza una interpretación conforme a la Constitución, otorgando a las leyes revisadas, un sentido más armónico a la Constitución, salvándolas o dándoles vigencia al menos temporal, para no dejar a las personas en incertidumbre, se entenderá además que el Poder Legislativo desarrollará la nueva legislación que siga los fines y sentido que tiene la norma constitucional.

El actual paradigma constitucional -y con muy pocas voces críticas- ha reconocido la supremacía constitucional, por lo que se tiene claramente definido en lo formal y en la práctica que la Constitución se constituye el contexto hermenéutico necesario de todas las leyes y que todas las leyes deben respetar la hermenéutica constitucional, sujetarse a ella, debiendo desarrollar su actividad legislativa, la misma que también requiere de interpretación, de manera que la misma resulte concordante; para asegurar, que el intérprete máximo de la Constitución desarrolle el control normativo de leyes y normas, así como la importante jurisprudencia que facilita la consistencia del ordenamiento jurídico, en tanto fuerza conformadora.

*"La Constitución actúa como parámetro que define el contexto hermenéutico necesario, o como señala Perez Luño, como orientación general para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento."*

Con referencia a los métodos clásicos de interpretación de la ley, dada su generalidad, fueron también aplicados a la interpretación constitucional, así recogiendo en primera instancia, se tienen los cuatro elementos en los que estriba la Teoría General de Interpretación de Savigny: gramatical, histórico, lógico y sistemático; también podemos citar que constituyen métodos de interpretación clásicos el acuñado por Ihering, vale decir el método finalista. Con estos tipos, inicialmente, el Juez constitucional tiene las bases para decidir un caso con fundamento en el texto, la historia, el sistema, las consecuencias, y el fin de la Constitución.

Otro aspecto que también hay que resaltar, es el contenido de la Constitución Política del Estado de Bolivia, que determina en su parte dogmática principios, valores ético-morales (art.8), pero también fines, funciones y deberes del Estado, que dejan en la interpretación constitucional una tarea titánica.

Así se tiene también, como parte de la realidad, que las Sentencias Constitucionales y Sentencias Constitucionales Plurinacionales no han utilizado un método, criterio o tipo de interpretación



específicamente citado para interpretar derechos fundamentales, aspecto de vital importancia en el marco del Estado Constitucional de Derecho vigente, en el que los derechos fundamentales y garantías constitucionales cobran máxima relevancia y junto con las normas de contenido axiológico irradian todo el ordenamiento jurídico, lo que muestra una necesidad sentida de contar con un trabajo teórico-científico que ponga a la luz una propuesta de un modelo teórico interpretativo que tenga como finalidad realizar esta labor, tomando en cuenta el carácter jurídico de la Constitución y la fuerza normativa en cuanto contiene reglas, principios y valores del sistema.

## QUINTO EJE

### BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD



## EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD Y EL IUS COMUNE INTERAMERICANO



*Paúl Córdova Vinueza*

*Destacando la oportunidad de compartir conocimiento en problemáticas del Derecho Constitucional en cientos de hogares a lo largo de la región, el ecuatoriano Paúl Córdova Vinueza circunscribió su exposición al referirse respecto al examen de convencionalidad, una temática de relevante interés para los operadores de justicia, investigadores, docentes y abogados litigantes.*

*Conforme la disertación magistral del jurista Córdova Vinueza "...el control de convencionalidad es un universo de oportunidades que nos permite seguir entendiendo otras dinámicas procedimentales e institucionales sobre las cuales podemos transformar y cambiar la situación del Derecho. Debemos dimensionar que este tipo de control, básicamente, se refiere a la obligación que tienen los operadores de justicia, siempre en el ámbito de sus competencias fundamentalmente para que ellos puedan hacer una comparación entre los actos normativos o administrativos puestos a su conocimiento y examinar la armonía jurídica en relación a todas las normas que integran el Derecho Interamericano e instrumentos jurídicos internacionales..."*



## 1. CONTENIDO TEMÁTICO

### 1.1. La constitucionalización del Derecho Internacional y la internacionalización del Derecho Internacional

La vigencia del bloque de constitucionalidad<sup>94</sup>, previsto en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, constituye el respeto y cumplimiento de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la relación con la legislación interna. El constitucionalismo latinoamericano presenta dos factores destacados sobre la incidencia de los tratados internacionales en la referida materia. Por una parte, se encarga de recepcionar expresamente a la normativa internacional de derechos humanos como el caso de la Constitución Argentina. Por otra, señala las vinculaciones y nexos jurídicos que existen entre los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos y los tribunales latinoamericanos.

Al respecto, cabe señalar la obligación de los Estados<sup>95</sup> con la CADH

94 Humberto Nogueira Alcalá hace la siguiente definición: “por bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario) y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5°. Inciso segundo de la Constitución chilena”; en Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 782-5.

95 Este tema también concierne para buscar nuevos relacionamientos con el Derecho a la Integración, sobre lo cual es imperativo repensar constantemente las dinámicas que influyen en la soberanía nacional, las incidencias de los instrumentos internacionales, las repercusiones ambivalentes de los organismos supranacionales y las orientaciones que plantean los textos constitucionales para asumir los hitos de la sociedad internacional. Generalmente, los análisis sobre estas materias giran en torno a identificar la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales, su relación y efectos en los ordenamientos jurídicos nacional y supranacional, pero existen marcos interpretativos para ser complementados y armonizados a partir de las dicotomías que entraña la constitucionalización del derecho comunitario andino y sus miradas –distantes y cercanas– con el derecho internacional económico y, a lo mejor, la existencia de distintos constitucionalismos. Pese a las acciones evidentes de interés por fortalecer los procesos de integración del tipo comunitario de nuestros países, una discusión actual está en analizar si los problemas por los que atraviesa el derecho comunitario se sustentan en las diferencias de las relaciones entre los Estados -realidad siempre presente-, o si reside en la fragmentada incidencia de la integración supranacional en nuestros diseños constitucionales. El debate sobre estos temas nos remite a la compleja naturaleza de los Estados como sujetos públicos internacionales y los

y, por ende, con las recomendaciones y sentencias de sus órganos de interpretación y aplicación de conformidad con el principio y regla de *jus cogens* positivada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en cuanto a observar las obligaciones de buena fe; y, también con la disposición que no permite que los Estados interpongan normas de derecho interno para no cumplir sus obligaciones internacionales, todas esas normas que son parte del derecho internacional y, a su vez, del derecho interno por su incorporación al ordenamiento constitucional.

Esta visión permite encontrar relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional hacia la configuración de un derecho constitucional internacional, entendido como “aquella rama del derecho que verifica la fusión e interacción entre ambas esferas jurídicas”<sup>96</sup>. Según Dulitzky, ambos interactúan, auxiliándose mutuamente en la tutela de las libertades fundamentales, lo cual genera que los tribunales locales y los organismos internacionales se observen e influyan recíprocamente.

variados fenómenos que puede suscitar el Derecho público nacional e internacional cuando es utilizado por esos sujetos. Probablemente, un tema que puede darnos pistas para entender esos inconvenientes constitucionales de la integración está en analizar si los textos supremos de nuestros países han logrado o no condensar por completo el poder del Estado y sus lógicas en la organización internacional; por ende, es posible interrogar si, ¿El Derecho Constitucional contemporáneo ha sido capaz de dar suficientes respuestas en aspectos como la soberanía nacional, supremacía y garantías constitucionales con respecto a la participación del Estado en repertorios supranacionales? Al respecto, ver un aporte en esa perspectiva de César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*, (México D.F.: Red Internacional de Juristas para la Integración Americana / Porrúa / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013). He formulado esta vinculación temática porque el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad también pueden aportar en construir enfoques propios y metodologías de análisis que respondan a las realidades de nuestros países sobre la evolución que ha marcado las tendencias del Derecho comunitario, sus principios y los escenarios institucionales regulatorios, más aún cuando la inserción de las reglas y estándares del sistema interamericano en el derecho interno de los países de la región debe ser uno de los temas que consoliden las agendas de integración continental.

96 Ariel E. Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Martín Abregú y Christian Courtis, (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 34. Este autor sostiene que al ser las Constituciones quienes regulan la jerarquía que los tratados de derechos humanos ocuparán en el orden interno, lo harán al tomar en consideración a las normas internacionales y concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente reconocidos; y, señala que “paralelamente a este proceso, es posible observar que los órganos de fiscalización internacional de los derechos humanos han entrado en un proceso de comunicación con los tribunales nacionales”.



Otros autores, conforme el avance la jurisprudencia interamericana, prefieren hablar de la "internacionalización del derecho constitucional y de la constitucionalización del derecho internacional." Manuel Fernando Quinche Ramírez lo explica del siguiente modo:

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del Derecho Internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos. La internacionalización del derecho constitucional opera para cada caso en los planos del derecho interno, en la medida en que cada uno de los Estados fija el lugar que deben ocupar los tratados públicos y sus normas<sup>97</sup>.

## 1.2. El bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad

La figura del bloque de constitucionalidad contribuye a incluir las normas internacionales para ejercer el examen o control de constitucionalidad. Al usarla, el discurso constitucional no se agota en el contenido expresado durante su número de artículos hasta donde acaba el texto, sino que se extiende a aquellos instrumentos de derecho internacional que se convierten también en normas constitucionales<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 12, julio-diciembre 2009, 163-190. Este autor señala que para resolver cómo se ubican los tratados públicos dentro del sistema de fuentes interno, varios países latinoamericanos han hecho uso del bloque de constitucionalidad, como la herramienta que ayuda a la internacionalización del derecho constitucional.

<sup>98</sup> Para la Corte Constitucional de Colombia, el uso del bloque de constitucionalidad se activa para el control constitucional cuando "debe realizarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía –bloque de constitucionalidad estricto sensu–, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control –bloque de constitucionalidad

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, contiene preceptos en materia del bloque que podrían ser entendidos como un avance en relación a la doctrina y jurisprudencia de otros países<sup>99</sup>. Esta norma fundamental ya no se constriñe a la definición de un bloque de constitucionalidad, sino que incorpora el principio de cláusula abierta que puede ser entendido como una versión más amplia del bloque, donde afirma que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor administrativo o judicial (Art. 11 numeral 3 de la CRE).

A pesar que ese principio está condicionado únicamente a los tratados ratificados por el Estado (según el Art. 424 CRE), y cuando los instrumentos internacionales sean más favorables con relación a normas previstas en la Constitución (Art. 426 CRE), en una perspectiva más integral y sistemática de interpretación podría entenderse que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos serían parte constitutiva de la Ley Fundamental.

Estos preceptos permitirían determinar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no formaría parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, porque la Constitución contiene varios preceptos que buscan fortalecerlo y profundizarlo en su

---

lato sensu-"; en ibíd.

<sup>99</sup> Los mandatos de la carta constitucional ecuatoriana sobre bloque de constitucionalidad pueden representar un desarrollo en perspectiva comparada; no obstante, en cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, otros países tienen un desarrollo mayor porque han logrado sustantivar precedentes importantes a partir de las sentencias de sus máximos tribunales. La doctrina constitucional y la jurisprudencia colombiana (sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. C-1001, octubre 3 de 2005, expediente D- 5582) consideran que el bloque de constitucionalidad está conformado por distintos cuerpos jurídicos que sin necesidad de constar en la Norma Fundamental se consideran con valor constitucional. Esos pueden ser el preámbulo, algunos tratados de derechos humanos, las normas y principios incluidos en el sistema jurídico por mandato constitucional, tratados de Derecho Internacional Humanitario, Convenios de la O.I.T., los derechos constitucionales innominados y los tratados sobre límites ratificados por el país.

Incluso, la jurisprudencia colombiana ha hecho una separación del bloque de constitucionalidad amplio o en sentido lato para incluir algunas leyes orgánicas, estatutarias, la jurisprudencia de instancias internacionales, la doctrina elaborada por entidades de Derecho Público Internacional, la doctrina de expertos en derechos humanos, entre otros. Al respecto, ver César Augusto Londoño Ayala, Bloque de constitucionalidad (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011), 32-3.



cuerpo normativo para hacer a aquella como parte constitutiva y propia de esta última.

Al crear el principio de cláusula abierta -aparentemente más desarrollado- permitiría que tanto la Convención, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH pasen a formar parte directamente constitutiva de la Constitución de 2008. Bajo esa premisa, los servidores judiciales y administrativos sí deberían hacer un control de convencionalidad ex officio sobre los actos del poder público, pero, complementado con la aplicación directa de la CADH como una aplicación material del propio texto constitucional.

Si bien esa es una obligación del Estado ecuatoriano y de sus servidores, y el incumplimiento de las obligaciones internacionales es susceptible de sanción, existía antes un gran desconocimiento sobre el ejercicio del control de convencionalidad; pero, ahora, hay un mayor desafío y responsabilidad porque estamos hablando de un instrumento no solo con valor constitucional, sino con rango de esta naturaleza, lo cual hace que todos los contenidos y mandatos de la Convención adquieran mayor vinculación para autoridades y servidores hacia su inmediata aplicación.

Entender esta transformación constitucional significaría pensar en otra situación para los derechos humanos en el país, que exige de servidores administrativos y judiciales un mayor compromiso en esta causa y también a tener presente que la garantía jurisdiccional de Acción por Incumplimiento es una protección de los individuos ante los casos en que se afecten sus derechos con respecto a los instrumentos internacionales.

La profundización del bloque de constitucionalidad requiere del desarrollo jurisprudencial para su real consolidación. Son los tribunales constitucionales quienes pueden establecer precedentes jurisprudenciales hacia ese fin, porque la Carta Máxima define los parámetros generales de vinculación del derecho internacional con el ordenamiento jurídico doméstico y, a partir de ahí, la

jurisprudencia constitucional es la que debe generar mayores precisiones sobre el rango y valor normativo tanto para el bloque como para el ordenamiento constitucional.

En el caso ecuatoriano, el requerimiento se vuelve de extrema importancia por cuanto el desarrollo jurisprudencial es el que debe definir las precisiones jurídicas sobre qué normas convencionales, consuetudinarias y principios generales del derecho internacional integrarían el bloque o se proyectarían como normas de rango y valor constitucional; más aún, cuando en el caso en cuestión hay dos posturas que podrían admitirse: i) en una postura amplia la inclusión de todos los instrumentos internacionales y no solamente los tratados según los arts. 3, 11.3 y 426; mientras que en ii) una postura más delimitada haría la distinción entre instrumentos y tratados internacionales según los arts. 424 y 425 en cuanto al bloque de constitucionalidad.

Como otro ejemplo trascendente, puede citarse el caso de la Corte Constitucional Colombiana que ha hecho esfuerzos por establecer cuáles son las condiciones o requisitos que debe cumplir una norma internacional para ser considerada como integrante del bloque de constitucionalidad<sup>100</sup>.

La importancia del bloque de constitucionalidad radica en que la recepción de los instrumentos internacionales no se refiere al criterio de jerarquía, sino al de aplicabilidad. Edgar Corzo Sosa afirma que la concepción contemporánea del sistema constitucional se desarrolla a partir de fundamentar que la Constitución ya no

100 En lo que respecta a las normas convencionales, el juez constitucional colombiano ha sido contundente en exigir que éstas deben reconocer un derecho humano; ergo, lo que existiría es un conjunto bastante generoso y multiplicador de tratados internacionales de carácter universal y regional. Ramelli Arteaga sostiene que: "por otra parte, en lo que concierne a las normas consuetudinarias, la Corte Constitucional no ha dudado en sostener que las del Derecho Internacional Humanitario integran el bloque de constitucionalidad de manera automática, tanto más y en cuanto nuestros jueces han confundido, en ocasiones, las nociones de norma ius cogens, o de derecho imperativo, con aquella de norma consuetudinaria"; en Alejandro Ramelli Arteaga, "Sistema de fuentes del derecho internacional público y 'bloque de constitucionalidad': recientes desarrollos jurisprudenciales" en Eduardo Montealegre Lynett, coord., Anuario de derecho constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 69.



solamente debe ser vista como norma *normarum*, esto es, como norma que da validez a todo el ordenamiento jurídico; sino más bien, como el texto fundamental que articula los diversos sistemas jurídicos que se encuentran en un determinado territorio, entre el internacional y el interno; y, explica lo siguiente:

*Así, la Constitución es criterio de validez para las normas de derecho interno, pues es ella la que determina la forma en que esas normas deberán producirse. Sin embargo, en el caso de las normas internacionales es el sistema internacional quien lo hace, en específico la Convención de Viena sobre los Tratados, pues allí encontramos los criterios para la elaboración de las normas internacionales<sup>101</sup>.*

Lo relevante del criterio de este autor consiste en reivindicar el papel de la Constitución como la puerta de entrada del sistema normativo internacional al nacional de un Estado, en tanto articula la aplicación de ese sistema en el orden jurídico interno.

Otro criterio importante del bloque de constitucionalidad consiste en ratificar y reiterar que todos los Estados deben someterse a los principios del derecho internacional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos para no hacer una interpretación de la CADH por debajo del contenido señalado en relación con cada derecho por la Corte IDH, tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas. Julián Daniel López-Murcia señala lo siguiente:

Si cada Estado Parte pudiera apartarse "hacia abajo" de la interpretación de los derechos señalada por la Corte Interamericana, la protección derivada de la Convención Americana sería mínima o, incluso, inexistente, pues cada Estado podría señalar a cada derecho el contenido que se le "antojara con el fin de que no se declarara su incumplimiento de la Convención y su correspondiente

responsabilidad internacional"<sup>102</sup>.

Conforme el método de interpretación constitucional de respetar en mejor manera la voluntad del constituyente<sup>103</sup>, podría sostenerse que el bloque de constitucionalidad ecuatoriano pretende integrar e incorporar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al texto constitucional. Porque no se limita a señalar únicamente aquellos tratados internacionales ratificados por el Estado (como sugiere en el Art. 424 CRE), sino que considera que los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre la materia in comento serán de inmediato cumplimiento y obligación (Art. 426 CRE).

La disyuntiva jurídica se presenta por algunas disposiciones que hacen referencia a los tratados ratificados -y que excluiría al resto de instrumentos internacionales sobre DDHH- porque también es una forma de interpretación que desconoce aquellas disposiciones que sí hacen mención a una visión más englobadora e incluyente para responder a las necesidades del sistema interamericano de protección.

Si la pretensión del constituyente respecto al bloque de constitucionalidad ecuatoriano, expresado en el principio de cláusula abierta para los instrumentos internacionales, sería de limitar exclusivamente a aquellos tratados ratificados por el Estado como únicas fuentes de derechos, no existirían disposiciones que profundicen la relación del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho local para instrumentos internacionales, esto es, tratados y soft law (Arts. 3, 11:3, 426, 428 CRE).

<sup>102</sup> Julián Daniel López-Murcia, El bloque de constitucionalidad en su dimensión correcta: obligatoriedad de las interpretaciones autorizadas, en Roberto Vidal Carlos López y otros, Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Filosofía e historia del derecho, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 249.

<sup>103</sup> Según el Art. 427 de la CRE: "(...) En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".

<sup>101</sup> Edgar Corzo Sosa, "Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., La ciencia del derecho procesal constitucional, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 759.



La dificultad que presenta la Ley Suprema es cuando exige, en algunas disposiciones,<sup>104</sup> que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado pueden invocarse cuando reconozcan derechos más favorables a los contenidos en su texto constitucional; en ese caso, es donde prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, para lo cual necesitaría de la intervención del máximo intérprete institucional que corresponde a la Corte Constitucional.

Aunque este aspecto es discutible, porque también existen preceptos para que jueces y autoridades administrativas apliquen directamente las normas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos "siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente"<sup>105</sup>.

### 1.3. El control de convencionalidad difuso y de oficio

El control de convencionalidad es un instrumento de servidores administrativos y judiciales y obligación de los Estados, para confrontar las normas del derecho local y de derecho internacional con el fin de garantizar los derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos en casos concretos sometidos a su conocimiento.

La Corte IDH establece que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio a partir de un desarrollo jurisprudencial posterior al caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*. A saber, en la sentencia dictada dentro del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, la Corte dijo que los jueces de los Estados parte de la Convención Americana están obligados a verificar el efecto útil de tal tratado, esto es, comprobar que su aplicación sea efectiva y no se vea disminuida por leyes internas del Estado. Por esta razón, dichos jueces no tienen que realizar solamente un control de constitucionalidad, sino también deben ejercer un control de

convencionalidad ex officio entre las normas internas del Estado y las de la Convención Americana.

En esta sentencia la Corte no sólo se refiere al control ex officio, sino que confiere estándares sobre éste, indicando que es obligación ya no exclusivamente un control de constitucionalidad, sino también uno de convencionalidad, y reafirma la fortaleza del segundo y sus propósitos. Manifiesta que se circunscribe al control de las normas internas de un Estado que se hacen en función de la normas de la Convención Americana, lo que significa que al hacer control de convencionalidad lo que se hace es compatibilizar la normativa interna con la normativa internacional de la Convención.

La proyección del control de convencionalidad, en tanto debe realizarse de oficio, es un estándar que la Corte IDH lo va a repetir en varias sentencias, a saber, en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México* en el 2010, la Corte Interamericana dice lo siguiente: "[...] El Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Este parámetro la Corte lo ha venido manteniendo en varias de sus sentencias como en la dictada dentro del caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, donde se pronunció en los siguientes términos "[...] reitera la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad", entre la normativa interna y la Convención Americana [...]"

La jurisprudencia de la Corte IDH establece quiénes, dentro del Estado parte, están obligados a realizar un control de convencionalidad. Así, en el párrafo 128 de la sentencia dictada dentro del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* en 2006, y en el párrafo 219 de la sentencia dictada en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México* en 2010.

<sup>104</sup> Arts. 11:5, 424 y 426 CRE.

<sup>105</sup> Ver Arts. 11:3, 11:5 y 426 CRE.



El organismo interamericano ha referido que están obligados a realizar este control de convencionalidad los jueces y los órganos que se encuentran vinculados a la administración de justicia en sus distintos niveles. De tal manera se pronunció en la sentencia dictada dentro del caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. La Corte dijo que: “[...] Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...]”.

A continuación, la Corte IDH señala que quienes están obligados a ejercer un control de convencionalidad internamente en los Estados ya no serán únicamente los jueces y órganos vinculados al poder judicial, sino que esta obligación corresponde a todos los órganos estatales, donde están incluidos aquellos que pertenecen al poder judicial, criterio ratificado en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, en donde dispuso que: “[...] la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr.193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...]”.

## 2. CONCLUSIÓN

Para que la implementación de ese control no sea tarea exclusiva de los agentes del Poder Judicial, la Corte IDH ha dado forma a este instrumento mediante sus conceptualizaciones progresivas hacia lo que denomina como el control de convencionalidad ex officio para referirse a cuando los servidores públicos en general, y no solamente los jurisdiccionales, deben intervenir cuando actúan en ejercicio de una potestad estatal, dentro del ámbito de sus competencias, y lo hacen para aplicar una confrontación normativa entre el derecho interno y lo consagrado en los instrumentos internacionales de

derechos humanos, con el fin de salvaguardar la responsabilidad jurídica, previamente suscrita y ratificada por los Estados Partes, para garantizar los derechos humanos.

Es menester precisar que la convencionalización del derecho en un Estado supondría, entonces, un proceso de dos ejes: la constitucionalización del derecho internacional y la internacionalización del derecho constitucional. Quinche Ramírez lo define como la fase en la que el derecho nacional –derecho local– resulta ‘impregnado’ y eventualmente modificado por normas convencionales principalmente por las reglas y los estándares contenidos o derivados del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Así, la convencionalización del derecho suele ser comprendida como una de las modalidades de un proceso más: la internacionalización del derecho. Según este autor, “la convencionalización del derecho corresponde al despliegue de un proceso lento y progresivo en virtud del cual las normas sustantivas del derecho internacional de los derechos humanos han tenido un tránsito, cuyo momento inicial les negaba cualquier valor o eficacia, hasta convertirse hoy en componentes normativos decisivos para la solución de casos concretos”<sup>106</sup>.

Este control no constituye una simple opción que queda por escoger para los servidores y autoridades públicas en general, porque también constituye el deber de toda autoridad que representa a los Estados partes de aplicar el DIDH en los asuntos de su competencia como lo manifestó la Corte IDH, en el Caso *Gudiél Álvarez y otros contra Guatemala*, sentencia de noviembre 20 de 2012, Serie C N° 253: 330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar

<sup>106</sup> Manuel Fernando Quinche-Ramírez, “La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia” en *Revista Jurídicas*, 13 (1), 43-63, enero-junio 2016, disponible en [http://vip.ualdas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13\(1\)\\_4.pdf](http://vip.ualdas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13(1)_4.pdf). Acceso el 20 de marzo de 2020.



la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Fuentes doctrinarias

Albanese, Susana. "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional" en Derecho al día, Universidad de Buenos Aires, 22 de mayo de 2008, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/jornada-sobre-el-control-de-convencionalidad/+2491>. Acceso el 13 de marzo de 2020.

Albanese, Susana. (coord.), El control de convencionalidad, Buenos Aires: Ediar, 2008.

Bazán, Víctor. Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Konrad Adenauer, 2014, 303-4.

\_\_\_\_\_. "El control de convencionalidad como instrumento para proteger", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN-L: 1138-4824, núm. 19, Madrid (2015), 25-70. Acceso: 21 de marzo de 2020, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/ajc.19.02>.

\_\_\_\_\_. "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias recíprocas" en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 Núm. 18/2º Semestre 2011, 63 - 104, disponible en file:///Users/macintosh/Downloads/Dialnet-ControlDeConvencionalidadAperturasDialogicasEInflu-3906378.pdf. Acceso el 18 de marzo de 2020.

Córdova Vinuesa, Paúl. El control de convencionalidad. Las obligaciones de los servidores públicos para el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

\_\_\_\_\_. Justicia dialógica en las Cortes Constitucionales. La deliberación igualitaria e incluyente entre jueces estatales, jueces interamericanos, funciones del Estado y ciudadanía, en relación a los desacuerdos constitucionales. Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2020.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad" en Opus Magna. Constitucional Guatemalteco, tomo II, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>, Acceso el 8 de abril de 2020.

García Sayán, Diego. "Justicia interamericana y tribunales nacionales", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), La ciencia del Derecho procesal constitucional, México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, tomo IX. 2008.

Gatti, Franco. "El control de convencionalidad en la administración pública: posible aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional", en revista Cálamo / Revista de Estudios Jurídicos. Quito - Ecuador. Núm. 7 (Julio, 2017): 59-67.



Hauriou, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional en Borja y Borja Ramiro, Síntesis del Pensamiento Humano en torno a lo jurídico, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Tomo VII, Quito, 2005, p. 3000.

Haro, Ricardo. "El Control de la Constitucionalidad Comparado y el Rol Paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales" en Varios Autores, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

Hitters, Juan Carlos. "Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos" en Estudios constitucionales vol.13 no.1 Santiago, 2015, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005). Acceso el 17 de marzo de 2020.

Lucchetti, A. "Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad", en Susana Albanese (coord.), El control de convencionalidad, Buenos Aires: Ediar 2008.

Magaloni Kerpel, Ana Laura. "La Agenda Pendiente de la Justicia Constitucional Mexicana" en Vega Gómez Juan y Corzo Sosa Edgar (coordinadores), Tribunales y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Fundación de Derecho Público de Venezuela, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Hispamer de Nicaragua, Universidad Central de Chile, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Lima, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

Nash R., Claudio. "Breve introducción al control de convencionalidad" en Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad, Corte IDH, 6.

Quinche-Ramírez, Manuel Fernando. "La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia" en Revista Jurídicas, 13 (1), 43-63, enero-junio 2016, disponible en [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13\(1\)\\_4.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13(1)_4.pdf). Acceso el 20 de marzo de 2020.

Olano García, Hernán Alejandro. Teoría del control de convencionalidad, en Estudios constitucionales vol.14 no.1 Santiago jul. 2016, disponible [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002016000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003). Acceso el 19 de marzo de 2020.

Sagües, M. Sofía. "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), La ciencia del Derecho procesal constitucional, 2008.

Valadés, Diego. "La Constitución y el Poder" en Valades Diego y Carbonell Miguel (Coordinadores), Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

### Fuentes jurisprudenciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 7 Control de Convencionalidad, acceso el 20 de marzo de 2020. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Párr. 27.

Corte IDH. Caso Tibi contra Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.



Corte IDH. Caso López Álvarez contra Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte IDH. Caso Vargas Areco contra Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, caso La Cantuta vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C. núm. 162. Voto del juez García Ramírez, párrafo 173. Cfr. caso Almonacid Arellano y otros, nota 6, párrafos 123-125.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35.

Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C N° 38.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C N° 44.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C N° 51.

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.

Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129.

Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 166.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170.

Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N° 171.

Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 179.

Corte IDH. Caso Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 183.



## LA INCIDENCIA DE LA CONVENCIONALIDAD SOBRE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES



***Pablo Darío Villalba Bernié***

*La justicia constitucional merece adecuarse a nuevos contornos y necesidades; en plena exposición, el profesor Pablo Villalba efectuó un llamado para profundizar la academia, con bases sólidas y un estudio de ideas jurídicas actuales, en las que brillen contribuciones sobre el control difuso de constitucionalidad, bloque de constitucionalidad, efecto vinculante y erga omnes de las Sentencias Constitucionales, visión constitucional, diálogo entre Cortes, u otros postulados conexos al Derecho Procesal Constitucional.*

*En el Derecho Latinoamericano deben superarse las diferencias que conllevan el orden interno e internacional; serán los Derechos Humanos el nexo de ambos y, con seguridad, posibilitará una nueva conciencia universal que –categóricamente– ha puesto a la humanidad como centro de protección. Villalba, firme estudioso de la norma suprema patria, felicitó el evento remarcando, “...desde mi país, Paraguay, estamos siguiendo muy de cerca todo lo que implica la transformación que está teniendo, desde el punto de vista constitucional, el hermano país de Bolivia (...), da placer que rompamos este criterio de neocolonialismo y aculturación con Constituciones renovadoras como de la del país boliviano...”.*



## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro del itinerario de la transformación del derecho procesal, merecen realizarse algunas consideraciones previas que deberían ser tenidas en cuenta para emprender cualquier mutación, las que definitivamente depositen a la sociedad en el pedestal de haber logrado un diseño de litigación más virtuoso.

La Justicia Constitucional viene sufriendo un proceso de transformación que se ha agudizado haciéndose más notoria. Asistimos a un colapso de la antigua visión constitucional que hoy precisa adecuar su contorno a las nuevas necesidades. Surgen la necesidad de abordar ideas como: control difuso de constitucionalidad; bloque de constitucionalidad; precedente vinculante; efecto erga omnes de la sentencia constitucional; visión convencional; diálogo entre cortes. Son solo algunos de los postulados que fluyen de las nuevas consignas constitucionales

De encarar una transformación, esta sea pensada para las generaciones futuras, lo que implica edificar una compilación aplicable al mañana, con la idea clara que perdure en el tiempo. Resultaría ilógico no aprender de los errores del pasado, como el cometido en la mayoría de los modelos procesales que no dieron satisfacciones a la ciudadanía, ni respuestas jurídicas a la comunidad forense.

Advertía Jefferson, que las generaciones presentes no pueden atar de por vida a las generaciones futuras, ya que existiría una especie de dictadura de los muertos sobre los vivos. Los textos legales, deberían tener la tendencia hacia la perdurabilidad, sin descartar los mecanismos que permitan las alteraciones y ajustes de rigor o incluso su renovación integral en caso que no funcionen.

La mutación debe comprender que al interactuar en un mundo globalizado nada puede realizarse al margen del contexto internacional. En tal sentido, respetar los tratados supranacionales que fueron suscriptos, como puntal ineludible por la normativa

interna, en especial en cuanto a la protección de los derechos humanos.

En el marco de influencia, no corresponde dejar de referenciar a la constitucionalización del orden jurídico, que al compás de las ideas de rescate en favor de otorgar trascendencia a la Constitución como norma rectora dando respuestas a los continuos avatares que presenta al derecho procesal, rescatando a Norma Fundamental como esencial para la construcción del orden jurídico, supone la superación de las ideas positivistas arribando al post positivismo sobre la base de un Estado Social de Derecho.

Finalmente, como último aspecto, analizar la incidencia del control de convencionalidad cimentado a la luz de los fallos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que encaminan la necesidad de estructurar cambios de relevancia en la ciencia jurídica.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. Paradojas principales

Ya transcurrido el umbral del siglo XXI se viven momentos de profunda reflexión sobre el futuro de la humanidad evitando los errores de antaño, consientes de tener que evitar la agudización de profundas paradojas, como las que se presentaron, y aun hoy día, prosiguen afectando los cimientos de las sociedades, en especial aquellos que propicien la consolidación del ámbito de protección de los derechos fundamentales. Estas paradojas se agrupan en las siguientes:

- a) Paradojas Generales: Mostrando, por un lado, un gran cúmulo de crueldades contra la persona humana, miserias que violentan los principios más básicos de la racionalidad (terrorismo, desaparición de personas, daños ambientales, carencia de libertades); y por el otro, denotando un gran avance de la ciencia y de los medios tecnológicos, igualmente sin precedentes.



Tales compartimientos estancos, que en algún momento parecieran divorciados, en la actualidad han generado una reacción en contra de tales atrocidades y atropellos, algo así como el despertar de una "conciencia universal" que posiciona al hombre como centro de la protección, con la tecnología puesta al servicio del hombre.

- b) Paradojas Jurídicas: Donde el núcleo del problema plantea la contradicción de grandes consagraciones legislativas, con normas que se regodean en protecciones al ser humano (contenidas en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes, Decretos y Reglamentos); y en el contrapunto, la dicotomía presentada en los hechos, donde se palpa un cúmulo de incumplimientos y violaciones sistemáticas de las reglas de protección, presentadas en cada uno de los países latinoamericanos.

Rotula un orden normativo protector que busca la consolidación de las garantías básicas para el hombre común, así en la mayoría de los países encontramos disposiciones legales que encaminan y orientan hacia la protección de los derechos humanos. No obstante, la fructífera consagración legislativa, revela la contracara de la omisión en el cumplimiento, praxis común que exteriorizan que las normas de protección no se apliquen efectivamente, haciendo que las garantías fluyan en los papeles, pero en la realidad no son más que declamaciones de lírica jurídica, incumplidas sistemáticamente.

- c) Paradojas que vinculan a ambos órdenes: Exhibe un orden internacional intromisivo en el ámbito interno de cada país; en contrapartida, los países resistiéndose tenazmente a la mutación.

El marco internacional se advierte como invasor del orden interno, prácticamente todas las áreas del ámbito jurídico abarcados por esta influencia; en la vereda de enfrente, los países ufanándose de permitir al orden supranacional, pero generalmente optando por una política pasiva que no propicia la positivización de la protección, incluso los jueces por motivos diversos, tales como

desconocimiento o simplemente por necesidad no aplican el nuevo orden resistiendo al cambio.

## **2.2. La humanización del proceso como objetivo principal**

### **2.2.1. Axiología valoratoria**

Al referir a la humanización del proceso, figura el ingreso a un campo axiológico valorativo marcando el rumbo hacia una tendencia social del derecho procesal, genera la necesidad de un marco normativo que proyecte la visión de tutelar a la persona por sobre todas las cosas.

En opinión de Sentis Melendo, el proceso es vida humana que se despoja de formalismos para ganar vitalidad, supone su perfeccionamiento para tornarlo más útil y no entorpecedor de la justicia, desmantelando los formalismos estériles, haciéndolo más confiable para el litigante. En definitiva, el derecho progresa en la medida que se humaniza y tiene como norte la dignidad de la persona.

En posicionar al hombre como centro del derecho, gravita el principio cardinal hacia el cual deberían converger todos los órdenes procesales, el objetivo fundamental de la que se nutre toda tendencia renovadora, es para el ciudadano común que se edifica el método de litigación, para viabilizar la vigencia de sus derechos que se regulan las normas jurídicas; es su "modus vivendi" el que sistematizamos; a tal punto llegan estas afirmaciones, que el proceso carecería de sentido alguno sin los hombres, inclusive podríamos trasladarlo más allá, el derecho no tendría existencialidad sin el ser humano.

El derecho procesal tiene ribetes de injusticia, aún sin que sea necesario aplicar al hecho sus normas, al sugerir un proceso que por sus excesivos formalismos traba la obtención de la verdad, ante lo cual un modelo que no busque permanentemente la verdad real no puede ser totalmente justo. De modo que el diseño vigente,



derivado de estas connotaciones particulares, requiere de rasgos más humanizadores con el fin de la protección del individuo común.

La justicia social debe llegar al compendio legal, pues el hombre común le teme a la ley, recela del proceso, se asusta de éstos, pero a su vez sigue creyendo en el derecho como su último consuelo.

## **2.2. Orientación de los derechos humanos**

Esta faceta de humanización del proceso, viene dictada y orientada desde los derechos humanos inherentes al hombre, no hay rama del derecho que no pueda ser actualizada desde la óptica de los derechos fundamentales, sobre todo si la intención figura establecer la justicia o no de las normas jurídicas.

Asistimos, aún en países de avanzada, a una crisis profunda y creciente de la juridicidad, llevando a admitir que la mayoría de los sistemas procesales originados en los albores del siglo XIX, respondían a una tradición jurídica moldeada en base a la protección de los derechos subjetivos, que tenían una clara orientación patrimonialista, en los que su máxima expresión era el amparo del derecho a la propiedad. Esbozaban una inclinación patrimonialista, por la concepción que tenían de la libertad, que desde la Revolución Francesa estuvo orientada en la protección de lo patrimonial y del derecho de dominio, tolerando que los ordenamientos procesales tengan una injerencia decisiva de aquellos ideales neoliberales.

En contraposición, emergió en el siglo XX como una conquista del constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales, sustentado en la idea del Estado Social de Derecho, ampliando un catálogo de derechos universales propios del hombre, como la libertad, el derecho a la vida, los derechos civiles (incluidos los de adquirir y disponer bienes), en reemplazo de la visión simplista anterior, reposicionando al ser humano como centro de la realidad procesal. Del mismo modo, idéntica visión está arraigada y es difundida desde el orden supranacional.

Trátese de acercar el derecho al hombre, no de alejarlo, una vuelta al hombre, una cruzada por el reencuentro del hombre consigo mismo, mediante la justicia de los fallos judiciales. El regreso al ser humano permitirá reflotar "la sensación de justicia" que se ha perdido.

El ser humano piensa en la justicia más que en la ley, entonces corresponde buscar un mecanismo eficaz para lograrla; la justicia es la que debe resplandecer, la ley siempre al servicio de aquella, jamás a la inversa. De ahí, que permanentemente se apunte que el buen Juez prefiere la justicia antes que la ley, en consecuencia, debemos darle un ventajoso método de juzgamiento para ser aplicado a los hombres. No más el brocado "La ley es la Ley", o aquel adagio romano "dura lex, sed lex", que han servido para justificar las opresiones más aberrantes.

## **2.3. Contitucionalización**

La Constitucionalización del orden jurídico supone un criterio de racionalización sobre lo Constitucional dejando de lado la superficialidad imperante, indagado como un nuevo marco teórico, no exento de polémicas por cierto. Como también comporta un criterio metodológico para comprender lo Constitucional, que primordialmente supera a la teoría, para justificar la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

Obliga a repensar sobre las garantías constitucionales básicas, pero fundamentalmente la vinculación existente entre Constitución y Proceso, hilvanando cuestiones que de estar ocultas, pasan a descubrirse y obligan a un hondo análisis convirtiéndolas en temas de discusión.

La conjunción "Derecho Procesal" y "Constitucionalización", propaga una verdadera revolución de conceptos, que tendrán que ser examinados y reformulados a la luz de nuevos faros orientadores.

Consiste en la marcha y resultado de la transformación del Derecho causado por la Constitución, conllevando la idea de impregnación



de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales. La Constitución pasa a tener una visión unificadora, posicionándose como remedio a los efectos destructivos del orden jurídico, mediante una previsión de mayor rango, un derecho más alto, de fuerza obligatoria incluso para el legislador, que debe condicionar su actuación a la misma. La premisa genera la noción, que más allá de la literalidad normativa, están los valores y los principios inmanentes consagrados en la Constitución que no merecen soslayarse.

Plantea que no hay problema jurídico que pueda evitar estar constitucionalizado, irradia la creencia indubitada que no pueda ser posible una esfera politizada separada o inmune a la influencia constitucional. Según Prieto Sanchís, "no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado", trasuntando que cualquier tipología jurídica desemboca en una argumentación de los derechos fundamentales.

Sin dudas la Constitucionalización retrata la imagen que el orden jurídico se visualiza constitucionalizado, comporta que las normas de rango inferior tienen que estar acorde con los principios y valores formales y axiológicos de la Constitución, pero no solo eso, sino que en cada casuística deber aplicarse programáticamente los principios y valores consagrados en la norma superior.

Así, al indicar que la Constitucionalización apuntala una forma de ver y aplicar la norma constitucional en el marco de cada caso en particular, por lo que sus efectos son extraordinarios provocando una verdadera revolución de los conceptos clásicos que gobiernan tanto al Derecho Constitucional como al Derecho Procesal.

Según Guastini, todo un referente en la materia, por constitucionalización se entiende al proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el sistema en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un orden legal constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva e invadente, capaz de condicionar tanto a la legislación como la jurisprudencia

y al estilo doctrinal, e inclusive la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. La ley condicionada a un sustrato más alto, el marco constitucional.

## 2.4. El neoprocesalismo

La Constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar la ciencia legal, sino predica también el cambio del estilo de pensamientos de juristas y teóricos del derecho, representando una de las manifestaciones más significativas del marco filosófico político, pasando a ser una revolución en la dialéctica y conflictiva relación entre el Estado y la Sociedad. Se la considera como una teoría, un neologismo especial, algo así como un constitucionalismo nuevo.

La intromisión de la nueva teoría constitucional, que es invasora del orden legal de menor jerarquía, obliga a reconsiderar conceptos básicos de la doctrina procesal, transformando la teoría del proceso, o por lo menos se halla en camino de hacerlo. El neoprocesalismo contemporáneo, en términos genéricos consiste en la constitucionalización del ordenamiento jurídico procesal.

De hecho esa influencia del constitucionalismo sobre el proceso, se plasma a partir de la idea que debe descartarse algún área del derecho que pueda evadir la influencia constitucional, así cualquier aspecto del orden jurídico no debería escapar del radio de acción de las garantías fundamentales.

El ámbito procesal, tendrá que madurar la concepción ideológica que la sustenta, en especial por la gran intromisión de postulados como el control de constitucionalidad (que siempre debió ejercerse), del control de convencionalidad y de la necesidad de aplicar y comprender la teoría de la argumentación sobre principios que es un logro a ser alcanzado, para desde allí iluminar cual faro todo el orbe procesal.



En un intento de justificar la existencialidad del neoprocesalismo, conjugar el marco que da lugar a que una nueva visión aparezca en el ordenamiento jurídico, para que se consolide como doctrina.

En este sendero el razonamiento se dirige a iniciar la tarea partiendo de la concepción que deja atrás en forma general viejos postulados del Estado Liberal de Derecho, para ubicarnos en estos tiempos en la recepción del Estado Social Constitucional y Democrático de Derecho, que supone condicionales totalmente distintivas a la de aquel viejo modelo liberal que ha sucumbido por no dar las respuestas que la sociedad de hoy requiere.

Si hoy día, el derecho se basa en principios y valores, ya no en reglas, envuelve varias consecuencias: a) que el orden jurídico no vuelva a ser visualizado sobre la base de un derecho privatístico, sino social y público; b) el derecho se aparta de la norma, para dar certeza y fuerza interpretativa a los principios y valores, que generalmente no están en la ley y sí emergen consagrados en la Constitución; c) no significa erradicar las reglas, que continúan existiendo, más no en solitario, sino sustentadas en un marco axiológico que la sostiene; d) presupone el abandono de la concepción ius positivista, por otra visión que la reemplaza apoyada en el Estado Social de Derechos, con un planteamiento ius fundamental distintivo, donde la regla sede ante los principios, porque la regla es solo "deóntica" y el principio es "axiológico"; e) un derecho sobre principios que abre las puertas a la ponderación, dejando atrás la subsunción; f) un rescate de la argumentación sobre principios, donde lo ideológico del juez pesa más que la simple aplicación de la ley; g) la exigencia que orden jurídico en general (constitucional y procesal) ajusten sus fronteras a las coordenadas vigentes, dejando de ser un derecho desfasado y no acomodado a las vicisitudes actuales.

Nótese, que se produjo un giro hermenéutico de inconmensurables connotaciones, superando antiguas concepciones ius positivistas y legalistas, planteando un reencuentro del derecho con la moral y la ética, en este contexto los justificativos del neoprocesalismo promueven una reformulación axiológica del derecho procesal que es indudable.

Con las aclaraciones previas, se sostiene:

- a) El neoprocesalismo no es otra cosa que la constitucionalización del orden jurídico procesal, trasluce al Derecho Procesal visto a través del prisma de la Constitución y los derechos fundamentales.
- b) La visión neoprocesalista muestra una jurisdicción que ha ampliado sus deberes cuestionando los límites de la tutela judicial efectiva, no limitado exclusivamente a la defensa de los derechos, sino sustentado en argumentos y principios.
- c) La vigencia de un "derecho procesal sobre principios", plantea una visión axiológica que supera la mera subsunción (deontología), llevando a comprender, que los principios son precedentes para quien resulte ser el intérprete de la disputa jurisdiccional, en consecuencia eje esencial en la concreción de justicia.
- d) Como una cuestión extramuros, fluye el embate de los derechos humanos que condicionan la visión de la esfera procesal, propiciando orientadores del ámbito internacional que deben aplicarse en el orden doméstico, puntualmente en el ámbito procesal.
- e) Se replantea la idea de "garantía", no es lo mismo entender a la garantía desde una perspectivación constitucional social, que acoge distintos postulados de justicia, que la antiquísima visión del constitucionalismo liberal, apadrinando una idea de justicia legalista y positivista, caracterizada por su estrechez.
- f) La idea procesal en estos tiempos supera al derecho procesal clásico y tradicional basada en el agotamiento en la regla como en la norma (proceso deóntico), superando y reemplazándola por otra más abierta y dinámica de una connotación ius fundamentalista, que exige principios, valores y argumentación, dejando atrás al positivismo lógico jurídico por una visión no positivista racional y argumentativa.



Distingue la Constitución de la Ley, aclarando que ambos prestan funciones distintivas al proceso, la Constitución conteniendo principios, la Ley generando reglas, justificando la razón de ser de ambos repertorios. Claro está, que estas situaciones pueden variar cuando las Constituciones contienen reglas y la Ley principios, pero esto solo se presentará en casos excepcionales.

- g) Lógicamente a consecuencia de las formulaciones que anteceden, se nota un cuestionamiento relevante a la visión de los Códigos Procesales Legalistas que tendrán que ser superados, puntualmente cuando estos repertorios aparecen encerrados en sí mismos, al extremo de referenciar que los casos dudosos o cuestiones no contempladas se resolverán por los principios consagrados en el propio Código Procesal limitando la labor del intérprete, ello es equivocado, porque como sostenemos se da una constitucionalización del orden procesal, los principios y valores tienen que ser aplicados a partir de la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, desde allí descender a los Códigos Procesales y no al revés. En otros términos, comprender que lo fundamental no está en los códigos, específicamente en los procesales, sino en la norma constitucional y la supranacional que orientan el accionar de todo el orden interno. Reiteramos, dejar de lado la austeridad teórica del positivismo legalista.
- h) El novel contorno neoprocesalista también muestra una idea de legitimación amplia, caracterizada por la protección de los intereses difusos, los derechos colectivos y las acciones de clase. Incluso en algunos casos, no importa la legitimación sino la interpretación constitucional del derecho.

## 2.5. Internacionalización de los derechos procesales

La transformación del quehacer procesal en estos tiempos, dimana como consecuencia del dinamismo adquirido por el derecho que permanentemente plantea nuevos retos, nuevos problemas a resolver, requiriendo respuestas a los procesalistas, trazados como un desafío de nuestra época. Lleva a concretar la idea de una

internacionalización de los derechos procesales, por ser comunes a todos los diseños jurídicos, haciendo que institutos internacionales estén preocupados en forjar soluciones, dando albor al derecho procesal. Así, entendemos que esta internacionalización se divisa planteada desde tres vertientes, que describiremos:

- a) En un primer aspecto, lo regulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, proporcionando normas internacionales para la interpretación de estos tratados, al prescribir que los tratados siempre deben ser interpretados de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de la norma supralegal en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin (Art. 31.1).

En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional. Como ha reiterado la Corte IDH: "Tanto esta Corte (...) como la Corte Europea de Derechos Humanos (...) han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".

En idéntico sentido, el Art. 29 de la Convención regula normas de interpretación prohibiendo cualquier deducción que tenga por objeto excluir los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o de prescindir de derechos derivados de la forma democrática de gobierno.

- b) Un segundo aspecto, presenta lo que fuera denominado "la Constitucionalización de los Derechos Humanos", que se observa cuando las constituciones nacionales incorporan normas de origen internacional al orden interno, en protección de los Derechos Humanos fundamentales.

Los derechos humanos como nuevo paradigma jurídico, apuntan a reconstruir la confianza social en la Ley y la Justicia, basado en un plexo de legalidad que condiciona y obliga a los Estados



a respetar a los seres humanos sometidos a su jurisdicción en estándares jurídicos mínimos en materia de derechos y garantías individuales, cuya protección comienza con la norma constitucional.

- c) Un tercer aspecto constituye lo procesal, al producirse una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, resultando lógico que aquel termine influyendo en las normas jurídicas domésticas, para que dentro de esa dinámica se enriquezca el sistema procesal de cada país, con el fin último de hacer justicia, a la que solo se arriba otorgando una máxima protección al ser humano.

Los procesalistas latinoamericanos han tomado como desafío de la época, dar respuestas a los nuevos problemas planteados, en un contexto cada vez más interdependiente, las cuestiones exceden el marco de lo nacional para proyectarse desde lo transnacional.

Esa internacionalización de los derechos procesales, ha traslucido en la creación de tribunales internacionales procurando custodiar la aplicación de los principios de derechos humanos en la praxis, pues de otra manera solo se tratarían de simples aspiraciones o expresiones de deseos que nunca se materializarían.

También tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando a las legislaciones al ajuste de su normativa, aceptando las instituciones pregonadas desde lo supranacional.

Cada vez más, vemos la instauración de figuras modeladas en nuevos paradigmas que son recepcionadas por el orden interno, entre las que tenemos: la desformalización del proceso; la legitimación cada vez más amplia para litigar; derecho de acción ante jueces independientes; garantías del debido proceso; la búsqueda de la verdad; facultades oficiosas del órgano jurisdiccional, tanto en la dirección del proceso, como en la iniciativa oficiosa de prueba; la protección de los intereses difusos; el acceso irrestricto a la justicia; la tutela jurídica efectiva; la predominancia del valor justicia por sobre la seguridad jurídica; etc.

## 2.6. Convencionalidad

América Latina se muestra como el continente donde el control de convencionalidad ha adquirido un vuelo propio, desde nuestro particular punto de vista, a consecuencia de la carencia de marcos teóricos de referencia constitucional proyectados sobre una cosmovisión social peculiar denotando un cúmulo de violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales, de ahí la trascendencia adquirida por el organismo internacional que en cierta forma viene a suplir las deficiencias de tutela de los órdenes domésticos.

En Europa en cambio, no se han dado estas circunstancias por lo que la incidencia de los órganos internacionales de Derechos Humanos y de la doctrina del Control de convencionalidad no ha proliferado con la magnitud que se da en el continente americano, donde la característica es que si bien se apuntala el respeto de las garantías fundamentales se concreta por vía de la jurisdicción constitucional interna y no por el control de convencionalidad, que es mirado con cierto recelo. No obstante recalcar la gran trascendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el alto grado de cumplimiento de las sentencias por los Estados signatarios del Convenio Europeo, situación que contrasta con Latinoamérica.

Se esboza una idea particular de los motivos que desde nuestro punto de vista ha permitido el desarrollo de la convencionalidad en Latinoamérica, cuales son:

i) La carencia de una escuela jurídica filosófica propia latinoamericana o incluso de algún país en particular, notando que los distintos países deambulan en diferentes marcos teóricos referenciales, lo que ha permitido que ideológicamente el control de convencionalidad no tenga un componente de contrastación de teoría jurídica filosófica y de una escuela constitucional fuerte que impidan su desarrollo.

ii) También coadyuvan que se hayan producido sistemáticas violaciones de derechos humanos y derechos fundamentales no protegidos en el orden interno.



iii) Ante lo cual el organismo internacional viene a suplir las deficiencias de tutela de los marcos domésticos, estableciendo cánones de derecho sustancial y procesal para el logro de su cometido.

La razón por la que el orden supranacional ha alcanzado tanta predominancia en los últimos tiempos, deviene en respuesta a que los repertorios internos no dan protección suficiente a la persona humana, como también cuando surge legislada una eficiente protección, estas se aplican con interpretaciones disuasivas y erradas a fin de evitar el cumplimiento.

La exigencia del control de convencionalidad, que aun no ha pegado mucho por cierto, debe ser aplicada y tenida en cuenta. Sin embargo, debido a múltiples circunstancias y sucesos se ha viabilizado el debate sobre el relacionamiento de lo Supranacional y el orden interno. Ya no puede desconocerse el carácter supranacional, incluso plantea la perspectiva de un control de convencionalidad incisivo y determinante, mostrando las más de las veces que el orden internacional debe prevalecer y que las disposiciones inconventionales de la normativa local deben ser anuladas y expulsadas del orden jurídico.

Se cuestiona la verdadera Supremacía constitucional que ha dejado de ser tan Suprema, pues en uso de la Soberanía del Estado incorporado al texto constitucional, ha decidido voluntariamente ceder hacia la Supremacía de la Convención. Conlleva que al "*Corpus iuris*" Interamericano de Derecho Humanos, se le ha concedido la condición de parámetro de convencionalidad y, al ser parte del orden jurídico vigente, con amplias posibilidades de ejercicio.

Un temario que en los últimos tiempos ha adquirido vuelo propio en la doctrina constitucional, es la del precedente vinculante u obligatorio. Numerosas obras se han escrito sobre el precedente, en especial aquellos que tratan de explicitar como se abordaría una cuestión como la del precedente en ordenamientos constitucionales

del civil law, una antinomia y dispersión asistémica que a pesar de todo ha proliferado en los fallos de la Corte IDH.

Resolución bisagra dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye la "Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs Uruguay", dictado en Marzo del año 2013, la catalogamos así, porque en la misma se resuelve orientar a todos los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que los fallos jurisprudenciales de la Corte IDH, tienen efectos de precedentes vinculantes obligatorios y con efecto erga omnes para todos los que sean parte del sistema.

Supone a los Estados que tengan consagrada la perspectiva del precedente vinculante una ratificación de vinculatoriedad jurisprudencial de los fallos de las Altas Cortes; y, para los países que no tengan reconocido el precedente vinculante, la necesidad de replantear los tantos, generando la imperiosidad de aceptar el golpe de timón efectuado por el órgano internacional, tanto en lo referente al precedente como al efecto erga omnes.

- a) Por un lado la Corte IDH, imponiendo la doctrina del precedente vinculante, en la otra vereda el constitucionalismo interno de los Estados, que generalmente oponen reparos de admisibilidad, idéntica situación proyectada a los códigos procesales rituales.
- b) Desde el órgano internacional de Derechos Humanos, imponer el efecto erga omnes de la sentencia supranacional.
- c) La cuestión radica entonces, en aplicar el marco constitucional atendiendo a la Supremacía Constitucional o adherir a las postulaciones recomendadas por la Convención ADH. Sin dudas esto genera grandes discusiones doctrinarias, por el efecto de Bloque de Constitucionalidad de las normativas de derechos humanos, que culminará con el análisis de si es o no necesaria una reforma sea constitucional o procesal, para ajustar el marco legal al contorno internacional de los derechos humanos.



## 2.7. Factores que inciden para una eficaz asimilación

Como toda idea novel que pretende instalarse en el entorno jurídico, su asimilación o no, dependerá de factores externos que cumplen un rol determinante para el grado de intensidad y alcance que asume el control de convencionalidad. En este aviso, dejar en claro de modo sintético cuales son los factores que inciden de manera concluyente para que el control de convencionalidad se consolide en el orden interno.

- a) Cláusula de inserción: Es vital que el orden constitucional contenga una norma de inserción, permitiendo la conformación del Bloque de Constitucionalidad y, desde allí, propiciar su relevancia, que supone fortalecer al instituto del control de convencionalidad.
- b) Grado de intensidad del principio de Supremacía constitucional: También constituye un factor a ser analizado, el grado de intensidad con que fluye el principio de Supremacía Constitucional en el orden interno, al condicionar sobremanera la aplicabilidad del control de convencionalidad.

Estos antecedentes sirven de condicional para justificar la aseveración de una Supremacía constitucional sí, pero impregnada de derechos humanos, que representa la idealización inequívoca del afincamiento de la protección de los derechos esenciales de la persona humana.

- c) Constitucionalización del parámetro de convencionalidad: El fenómeno de la constitucionalización invita a reflexionar desde otro ángulo al ámbito constitucional, trayendo consigo los paradigmas del Bloque de Constitucionalidad y del control de convencionalidad, que parte de un reconocimiento del Derecho Internacional de Derechos Humanos, abandonando la tesis tradicional o clásica de tendencia neopositivista, que debe ser superada.

En la especie, si un país no concuerda con estas condiciones marcadas desde lo supranacional, constituirá un orden interno poco propenso a asimilar la vertiente convencional, teniendo severas dificultades para su afianzamiento.

Al contrario, de conferir un grado de supranacionalidad a los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, incluso, permitir la conformación del Corpus iuris interamericano, las posibilidades de utilización aumentan considerablemente al gravitar como un orden interno proclive a recepcionar un mayor rango proteccionista.

- d) Asimilación del Precedente vinculante: También incide, si el control de constitucionalidad tiene o no el carácter de precedente vinculante, viabilizada mediante los fallos jurisprudenciales emanados de las Cortes Constitucionales. En los sistemas que asienten el precedente vinculante, las sentencias constitucionales están predeterminadas a tener un mayor impacto condicionado a todo el sistema. En cambio, en aquellos sistemas que no reconozcan el efecto vinculante (Paraguay), el control de convencionalidad tendrá mayores inconvenientes para su consolidación.
- e) Efecto erga omnes de la sentencia: El efecto erga omnes o el efecto al caso concreto de las sentencias constitucionales, constituye otro factor para la eficacia del control de convencionalidad. En los modelos que asienten el efecto erga omnes, la vigorización se dará de una manera mucho más rápida y efectiva, que en aquellos modelos que solo prevean que las sentencias tienen efecto para el caso en concreto (Paraguay).

## 2.8. Parámetro de convencionalidad

Cavilando sobre un parámetro de aplicabilidad, atañe reconocer que el control de convencionalidad se ha convertido en el estándar mínimo de tutela de los derechos humanos. En consecuencia, ese parámetro inicia con la Convención Americana, se proyecta a los Convenios y Protocolos de Derechos Humanos, y consolidada



con los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH. Incluso en los últimos tiempos, comienza a afianzar la idea que también integran el parámetro las opiniones Consultivas, tal como ha sido reconocida en la OC 21/14.

Ahora bien, no versa sobre un estándar rígido al contrario discurre en un parámetro dinámico que va adecuándose a la necesidad de la casuística presentada, proyectando una tutela más eficaz. Por ello, yacerá subyugada por las consignas internacionales, cuando surja la hipótesis que el orden interno contenga una normativa legal de mejor proteccionismo o interpretaciones jurisprudenciales más avanzadas que las propiciadas en la Corte IDH.

Significa, que el parámetro podrá derivar y ser aplicado en sede nacional cuando el mayor grado de tutela a una garantía fundamental fluya enquistado en el orden interno. Solución que deriva del Art. 29 b) CADH, cuando sostiene que ninguna disposición del Pacto pueda ser interpretado en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho humano.

Ya sea aplicando el estándar nacional o el internacional de los derechos humanos basado en una mejor onda proteccionista, en puridad no se hace otra cosa que consagrar el parámetro supranacional dictado por el orden supralegal, implica en esencia afianzar el estándar interamericano.

Resulta oportuno aclarar que en esencia, la cuestión va más allá que la mera aplicabilidad del parámetro de convencionalidad, afectando también al modo interpretativo al que tendrán que amarrarse los jueces nacionales, los que se verán obligados a armonizar las leyes nacionales con las convencionales, sin olvidar que la interpretación esbozada estará enlazada a los parámetros de convencionalidad, evitando las interpretaciones contrarias o incompatibles a ella. Esta racionalización será efectuada por los jueces nacionales dentro de la competencia otorgada por la ley interna, pudiendo declarar la inconvencionalidad de determinada norma que contravenga al parámetro de convencionalidad.

## 2.9. La variación del sistema de fuentes

La comprensión de la variación del sistema de fuentes del derecho emerge como un nuevo reto, la que fuera puesta en crisis luego de la posguerra. Corresponde recordar que la teoría vigente justificativa del derecho, hasta hoy día exhibe como fuentes del derecho a los postulados contenidos en el orden normativo, enseñanza que prosigue impartándose en las universalidades, donde fluye que las fuentes son esencialmente la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Esto tiene mucho que ver con el grado de involución de la academia jurídica, que no se ha percatado de las variables.

Por estos días se justifica la superación de la vieja teoría decimonónica poniéndola en crisis, asintiendo un conglomerado de variadas fuentes del derecho abastecidos por los principios y por los derechos humanos que se integran al cuerpo constitucional. Nótese que se referencia a una fuente infraconstitucional, como lo son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Da la pauta que las fuentes del derecho se generan más allá de los Estados Nacionales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), pero con efectos y aplicación dentro de los Estados, conlleva que no se pueda afirmar sobre una jerarquía de fuentes, denotando que comienza atesorar relevancia la tesis argumentativa sugerente para referenciar que actuación tuvo el juez al valorar la fuente aplicada.

Estimula comprender que la variación del sistema de fuentes consiste básicamente en el rompimiento con el principio de legalidad extrema, no para apartarle del sistema, sino morigerando sus efectos, comprendiendo que no siempre la Ley será la primera fuente, en particular en materia de derechos humanos, donde plantea un ligamen muy fuerte y consistente con los principios y valores esenciales.

Ya la ley no está por encima de los principios y valores, sino que ha variado su sistematización, pudiendo ser fuente principal o accesoria, dependiendo de la casuística presentada.



Comienza a trascender la jurisprudencia, justamente porque las fuentes ya no se encuentran exclusivamente en la ley y en la Constitución, sino en las respuestas dadas por los jueces mayormente en los procesos constitucionales. Como derivada de la jurisprudencia, también adquiere importancia la doctrina jurídica esbozada en el caso concreto.

- a) Convención ADH: No obstante, lo manifestado, no corresponde restar valor a la Convención Americana como fuente directa del derecho en pos de la concreción del control de convencionalidad, por lo que se rescata su trascendencia y valor jurídico.
- b) Jurisprudencia Corte IDH: Tal cual se viene esbozando, también constituye fuente la jurisprudencia de la Corte IDH, siendo el ámbito natural donde se desarrolla la doctrina convencional, advirtiendo su envergadura.
- c) Opiniones consultivas: Un caso particular deriva de las Opiniones Consultivas, las que en los últimos tiempos han alcanzado notabilidad, aunque aún por estos días no se pueda afirmar con certeza que constituya precedente vinculante.

Esta cuestión de constituir precedente vinculante presenta variadas polémicas, al puntualizar si las Opiniones Consultivas tienen o no dicho efecto vinculante, como sí la tienen los fallos dictados en los casos contenciosos.

En ese sentido, un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano tendrá en el futuro que reflexionar consiste en determinar si la “norma interpretada” alcanza eficacia erga omnes más allá de los “casos contenciosos” donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las “opiniones consultivas” donde no realiza una función “jurisdiccional” en sentido estricto, emitiendo una opinión interpretativa de la norma convencional, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o incluso sobre la compatibilidad de leyes internas con aquéllos; con una amplia participación de todos los

Estados de la OEA (y no sólo de la Convención Americana), incluso, con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir *amicus curiae* aplicar por analogía las disposiciones del procedimiento escrito en casos contenciosos en lo que sean aplicables.

## 2.10. Obligatoriedad de cumplir con el control de convencionalidad

Desde el momento que los Estados confirman la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos se obligan a respetarla, avalando el surgimiento de la novel doctrina del “control de convencionalidad”.

El control de convencionalidad se posiciona así marcando un supuesto de primacía del Pacto por sobre las Constituciones y demás preceptos jurídicos del Derecho Interno, instando imperativamente a que los Jueces de los Estados viabilicen el respeto a los Derechos Humanos, aplicando aun de oficio la Convención.

Corresponde entender que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza el respeto al derecho internacional y particularmente de los derechos humanos, de ahí que la función del control de convencionalidad debe operar de manera efectiva, pasando de la mera declamación a la tutela conveniente, en un sendero hacia la concreción definitiva.

Ahondando lo referenciado, en el caso Última Tentación de Cristo, vs. Chile la Corte precisaba:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un Tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.



Indicando en un fallo posterior, que constituye una obligación de conducta gubernamental:

No se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta una necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Las previsiones referenciadas en los párrafos anteriores, denotan la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir con el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole que fuere, siempre que requiera investigación mediante la viabilización de un modelo procesal. El orden legal debe respetar a las normativas contenidas en la Convención Americana, de no hacerlo estarían violando la misma. Incluso, en casos de controversia en la aplicación de la Constitución Nacional y el orden internacional, se aplicarán los preceptos que sean más favorables a la protección de la persona humana, sean contenidas en la Constitución, leyes internas o la misma Convención Americana, por haberse comprometido los Estados en tal sentido.

### **2.11. Adecuación del orden interno a la convencionalidad**

La repercusión que genera la convencionalidad no solo comporta la obligación de acatamiento (que fuera descripta en el tópico anterior), sino que va más allá, pues conlleva la imperatividad de modificar, adecuar, ajustar el ordenamiento interno a los matices de convencionalidad, no se limita al cumplimiento, obligando a un compromiso superior y más intenso.

No resulta aventurado sostener que los Estados están obligados a modificar o eliminar las leyes que se contrapongan al principio de convencionalidad, con el fin de que los derechos garantizados en la Convención se cumplan indefectiblemente, sin inconveniente alguno. Un ejemplo típico de este imperativo convencional, lo

constituye el reciente fallo *Petro Orrego vs Colombia* (08/07/2020), donde le indica a Colombia la necesidad de cambiar la reglamentación interna respecto al funcionamiento de la Procuraduría General del Estado, adecuando su normativa interna a los parámetros de convencionalidad.

Comporta no solo la obligación de ajuste del orden doméstico a las coordenadas convencionales, sino además, que el Estado está impedido de dictar normas que contravengan estos postulados.

## **3. CONCLUSIÓN**

### **3.1. Un camino sin retorno**

A modo de síntesis, la transformación permanente del ámbito judicial, hacen que desde el derecho procesal constitucional se planteen la apertura de nuevos surcos, haciendo que cuestiones tan arraigadas en el derecho vayan mudando al paso de la influencia de las nuevas coordenadas. Algunas de las mutaciones son imperceptibles y casi normales, como la necesidad de la humanización del proceso, en cambio otras transformaciones requieren de posturas legislativas y doctrinarias firmes tal el caso del asentimiento de la doctrina del control de convencionalidad, que requiera de una mutación de mentalidad.

Construir un nuevo proceso constitucional, constituye un proyecto más que ambicioso, no cabe duda que se deberá rediseñar la posición teórica ideológica de los gestores del nuevo rumbo procesal, sustentado en una visión más proteccionista de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, sobre la base de un constitucionalismo social. El objetivo se circunscribe al abandono de viejos esquemas, por otra visión apuntalada por un nuevo constitucionalismo, novel concepción del derecho procesal y de la democracia

Traza la exigencia de apuntalar cimientos que convaliden las transformaciones, sobre todo cuando de ser bien utilizadas se



convertirán en elementos fructíferos para hacer del proceso un ágil medio de resolución de conflictos.

Tanto la constitucionalización como la convencionalización del proceso plantean ribetes de transformación, de aquello que era analizado como tradicional, para asentar una nueva teoría general del proceso, desde allí trasladarse al campo procesal en general, donde cada una de las áreas deberá ajustar sus parámetros a los noveles postulados.

En resumen, una nueva cultura de la litigación constitucional y procesal, sobre la base de un cambio de paradigmas, la nacionalización de los derechos humanos y el fomento de nuevos cánones educativos. De lo contrario será difícil abandonar la telaraña que muchas veces impide ver el resplandor de la justicia y la verdad. Solo así poder augurar una justicia constitucional venturosa de cara al devenir, en ello yace la epopeya a materializar.

## CONFLICTOS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y MANERAS DE RESOLVERLOS



*Josep Joan Moreso Mateos*

*Aplicar los derechos significa resolver un caso individual concreto subsumiéndolo en una regla general; tal cual expresó el profesor español Josep Joan Moreso Mateos, ante la existencia de conflictos de derechos, debe demostrarse que un conjunto de sucesos o acciones son subsumibles en un supuesto de hecho con una regla que le otorga una determinada solución. En su ponencia, Moreso Mateos desglosó contenidos respecto a la fuerza y alcance de los derechos, el proporcionalismo y la ponderación para finalmente aterrizar en la estrategia perfeccionista.*

*En una de sus intervenciones, Moreso aclaró ante la tribuna académica "... esta es la idea de la subsunción, del silogismo jurídico que dejaría Beccaria y que comporta cierta racionalidad del seguimiento de reglas generales. Concorre que, en algunas veces, tenemos reglas que están en tensión, entonces, cuando ocurre esto desconocemos cómo -con la argumentación o el silogismo jurídico- podemos resolver este problema...".*



## RESUMEN

En este trabajo se analiza la cuestión de la colisión entre principios constitucionales que reconocen derechos básicos. Se muestra que hay dos posiciones extremas: el enfoque subsuntivo y el enfoque particularista, que encarnan dos grandes concepciones de la racionalidad práctica. Entre ambos enfoques hay lugar para un amplio espectro de opciones. Se toman dos en cuenta: el enfoque proporcionalista, que conserva el alcance de los derechos restringiendo su fuerza y el enfoque especificacionista, a favor del cual se argumenta, que conserva la fuerza de los derechos restringiendo su alcance.

## 1. INTRODUCCIÓN

### TRES CASOS CONSTITUCIONALES

En este trabajo me propongo prestar especial atención a los problemas de aplicación de las constituciones que contienen declaraciones de derechos, dado que las pautas que establecen derechos pueden entrar en conflicto entre sí.

En este sentido, se trata de un fenómeno muy conocido en la filosofía práctica en general y en la filosofía moral en particular. Supongamos que una persona sugiere que hay un principio moral que establece 'Se deben cumplir las promesas', entonces otra persona trata de mostrarle que el hecho de haber prometido hacer A no siempre constituye una razón para hacer A, puesto que puede chocar con otro principio moral, así ¿es una razón para matar a una persona el hecho de haberlo prometido a cambio de un millón de euros?, parece que aquí vence el principio moral con arreglo al cual no se debe matar.

Sin embargo, un modo aparentemente muy plausible de concebir la racionalidad práctica consiste en justificar una determinada acción aludiendo a un principio subyacente que, en aquellas circunstancias, requiere realizar dicha acción. Si hubiera dos principios en conflicto, que requiriesen acciones incompatibles, este modo de concebir

la racionalidad práctica sería insuficiente. Por esta razón, lo que podemos denominar el enfoque subsuntivo es atractivo, se trata de la razón que llevaba a Kant (KANT 1989: 31) a sostener que obligaciones *non colliduntur*.

La aplicación del derecho, tal y como usualmente la comprendemos, es una instancia de esta concepción general de la racionalidad práctica. Aplicar el derecho consiste en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. Dicha operación se conoce con el nombre de subsunción.

Ahora bien, hay supuestos en los que el enfoque subsuntivo parece plantear problemas. Traigo aquí a colación tres de estos supuestos: el caso Titanic, el caso del cura de Hío y el caso del niño Marcos.

El caso Titanic es un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica Titanic había llamado 'asesino nato' y, en otra edición posterior, 'tullido' a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser convocado de nuevo para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de *Dusseldorf* condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional alemán consideró que mientras llamar al oficial 'asesino nato' era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar 'tullido' a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea que por este segundo apelativo únicamente estimó el Tribunal el recurso de amparo.



El caso del cura de Hío es, en cambio, un supuesto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que en 1992 resolvió un recurso de amparo en el cual el cura de Hío demandaba al Diario El País que en 1984 había publicado una noticia según la cual el cura de dicha parroquia lideraba, garrote en mano, una manifestación de vecinos contra algunos ciudadanos que practicaban el nudismo en determinadas playas gallegas. Resultó que, a pesar de la diligencia del redactor de la noticia al comprobar los datos, el cura de Hío no estaba involucrado en dicha circunstancia. ¿Cómo resolver el conflicto entre las razones constitucionales que favorecen la libertad de información y aquellas que favorecen el derecho al honor? El Tribunal Constitucional español se inclinó, esta vez, por la libertad de información, con el argumento según el cual los informadores están justificados no sólo con la verdad de las noticias que publican, sino también con su veracidad, para la que basta que la noticia, si falsa, esté diligentemente contrastada.

Y, por último, el caso del niño Marcos: el día 3 de septiembre de 1994 Marcos A.V., un niño de 13 años que vivía en Ballobar (Huesca) con sus padres, tuvo una caída con su bicicleta a la que no dieron mayor importancia. Pocos días después, el 8 de septiembre, al haber sangrado por la nariz en varias ocasiones, fue llevado por su madre al médico que aconsejó su ingreso en el Hospital Arnau de Vilanova de Lleida. En dicho hospital, después de las pruebas pertinentes y ante el alto riesgo de fuertes hemorragias, los médicos prescribieron una transfusión de sangre. En ese momento los padres del menor manifestaron educadamente que su religión, profesaban la religión de los testigos de Jehová, les prohibía el uso de transfusiones y preguntaron si había algún tratamiento alternativo. Los médicos afirmaron que ellos no conocían ningún tratamiento alternativo, se negaron a conceder el alta voluntaria que los padres solicitaban, y se dirigieron al Juzgado de Guardia para que autorizara la transfusión. Los padres, a pesar de no compartir dicha decisión, la acataron y no hicieron nada para impedir la transfusión, que fue autorizada por el Juzgado. Marcos, que profesaba la misma religión que sus padres, rechazó con auténtico terror la intervención, reaccionando con gran excitación y violencia que los médicos estimaron muy peligrosas,

pues podían precipitar una hemorragia cerebral. Fracasados sus intentos de convencer al menor, el personal sanitario del Hospital solicitó a los padres que trataran de convencer a Marcos, a lo que los padres se negaron arguyendo que ellos, como Marcos, pensaban que Dios no autorizaba las transfusiones de sangre ni en los casos de peligro para la vida. Desestimado el uso de algún procedimiento anestésico por razones médicas, al final el Hospital accedió a otorgar el alta voluntaria para que los padres buscaran algún tratamiento alternativo en otro lugar. Regresaron a su domicilio y tres días después lo trasladaron a varios hospitales de Barcelona, donde les reiteraron la necesidad de la transfusión, pero ninguno de dichos hospitales, dada la expresa oposición de Marcos y sus padres, tomó la decisión de intentar llevarla a cabo. Regresaron a su domicilio, en el cual el menor contó solamente con la asistencia del médico titular de Ballobar, hasta que el día 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) dispuso mediante Auto, a la vista de que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, la autorización para la entrada en el domicilio del menor con el fin de que le fueran realizados los tratamientos médicos que precisaba, es decir, una transfusión de sangre. Marcos fue trasladado en ambulancia primero al Hospital de Barbastro y después al Hospital Miguel Servet de Zaragoza al que llegó con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. Marcos falleció el día 15 de septiembre en el Hospital Miguel Servet.

Los padres de Marcos fueron acusados del delito de homicidio, del que fueron absueltos por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1996. El Tribunal Supremo casó y anuló dicha sentencia y les condenó, por sentencia de 27 de junio de 1997, por el delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes. Los condenados interpusieron recurso de amparo contra dicha sentencia condenatoria ante el Tribunal Constitucional que, en STC 154/2002, de 18 de julio, resolvió conceder el amparo, declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en consecuencia, anular la decisión del Tribunal Supremo.



Aquí vemos, en cambio, una colisión entre dos derechos diversos: el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. El desafío particularista al enfoque subsuntivo

La variedad de nuestro paisaje moral hace comprensible el desafío al enfoque subsuntivo por parte de las concepciones particularistas. Según dichas concepciones, el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia. Digámoslo con un ejemplo de aroma kantiano, el hecho de que una persona posea una información verdadera es una razón para afirmarla cuando se la piden. Ahora bien, si lo que solicitan a alguien que está en posesión de la información es el escondite de una persona inocente a la que quieren asesinar, entonces el hecho de poseer dicha información no debe conducir a relevarla, porque -por así decirlo- vence el principio que obliga a proteger a las personas inocentes cuando está en nuestra mano. Pensemos en un buen profesor universitario prusiano durante la segunda guerra mundial que, sabedor porque él mismo se lo proporcionó, del escondite de una mujer de origen judío, que había sido una de sus alumnas, revela el lugar como respuesta a una pregunta de un oficial de las SS. Tal vez por esta razón David Ross (ROSS 1930) sostuvo que los deberes morales no son absolutos, sino *prima facie*. Ahora bien, una vez hacemos esta concesión, ¿dónde podemos detenernos?. Regresemos a nuestro ejemplo referido al cumplimiento de las promesas. Supongamos que, ante la promesa de asesinar a alguien, se replica reformulando la norma moral propuesta para que no incluya estos supuestos, por ejemplo, 'Se deben cumplir las promesas que no conllevan la realización de comportamientos inmorales'. Ahora el particularista o defensor del enfoque subsuntivo vuelve a la carga: ¿qué ocurre si la promesa ha sido obtenida bajo la amenaza de secuestrar a la hija del que ha prometido? Y el universalista replica con una nueva formulación: 'se deben cumplir las promesas que no han sido otorgadas bajo amenaza ni conllevan la realización de

actos inmorales'. El particularista todavía puede desafiar diciendo que, si arrancamos de un torturador, bajo amenaza, la promesa de dejar de torturar, entonces debe dejar de torturar y el universalista puede añadir el adjetivo 'injustas' al sustantivo 'amenazas'. Y así sucesivamente. Los que cuestionan el enfoque subsuntivo de la moralidad sostienen que no hay modo plausible de poner fin a este sucesivamente. Sostienen que los contextos se comportan de modos muy diversos y que, por lo tanto, no hay manera de atrapar un principio moral válido en todos los contextos de manera invariable.

Esta conclusión produce cierta desazón cuando se traslada a la teoría del derecho, puesto que conllevaría el corolario de que en la aplicación de las pautas que establecen los derechos constitucionales, la solución dependería siempre del contexto, dejando a los destinatarios de las normas al arbitrio de los aplicadores.

### 2.2. Interludio: un amplio espectro de opciones intermedias

En realidad, tanto el enfoque subsuntivo como el enfoque particularista constituyen dos extremos, que iluminan algunos aspectos de la cuestión a costa de distorsionar de manera excesiva otros aspectos. Entre estos extremos, cabe un espectro de posiciones intermedias.

Dicho en palabras de *Russ Shafer-Landau*:

Cuando nuestros derechos parecen entrar en conflicto con otras consideraciones morales, incluyendo otros derechos morales, podemos resolver la tensión reduciendo el alcance del derecho o bien reduciendo su fuerza.

Reducir la fuerza de los principios comporta considerar que los principios propiamente cubren los casos en los cuales varios de ellos pueden entrar en conflicto, pero en dichos supuestos uno de los principios resulta vencedor, conserva su fuerza, mientras el otro -el vencido- pierde su aplicabilidad al caso concreto. Me referiré aquí a uno de los enfoques posibles de esta concepción, el enfoque proporcionalista, tal como ha sido presentado por Robert Alexy,



cuyas ideas acerca de la denominada ponderación han sido y son la posición más articulada y sugerente de la que disponemos en la teoría constitucional del presente.

Reducir el alcance de los principios conservando su fuerza representa considerar la formulación de los principios como incompleta y expandirla de modo que, conservando el alcance, los principios debidamente reformulados no entren ya en conflicto. Se trata de la posición que subyace a todos los ensayos de esta parte y que podemos denominar enfoque especificacionista.

### 2.3. El enfoque proporcionalista

Veamos, en primer lugar, la concepción proporcionalista tal como la concibe Robert Alexy. Para dicha concepción, mientras las colisiones entre normas son un síntoma de que, o bien alguna de las normas es inválida, o bien una puede considerarse una excepción de la otra; las colisiones entre principios han de ser resueltas de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez.

La dimensión de peso, entonces, configura el núcleo de la ponderación. Dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad. Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido; b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo– para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente

protegido; y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, que se afecte al ejercicio del derecho en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho.

Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero. Podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Entonces, en la fórmula más simple, el peso concreto de un principio  $P_i$  que colisiona con otro principio  $P_j$ , es decir,  $W_{i,j}$ , es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio ( $I_i$ ) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero ( $I_j$ ). Esta es, entonces, la fórmula:

$$W_{i,j} = I_i / I_j$$

En los casos en los que el valor es mayor que 1 el principio  $P_i$  precede a  $P_j$ , en los casos en que es menor que 1,  $P_j$  precede a  $P_i$ . El empate se da cuando la división es igual a 1. Los valores numéricos pueden asignarse suponiendo que las interferencias leves equivalen a 20, las moderadas a 21 y las graves a 22.



Insisto en que se trata del peso concreto, es decir, de la precedencia de un principio sobre otro para un caso individual. Como Alexy afirma (ALEXY 2003b: 440): 'Las interferencias son siempre interferencias concretas'. Es posible añadir en la fórmula lo que Alexy denomina el peso abstracto de los principios, es decir la importancia en abstracto de un principio sobre otro, al margen de las circunstancias del caso concreto. Esto da como resultado la fórmula siguiente:

$$W_{i,j} = I_i \cdot W_i / I_j \cdot W_j$$

Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella una actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética.

Veamos, a continuación, tres posibles objeciones a este enfoque alexiano. La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. En mi opinión no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales: ¿debería medir estados de cosas en los que un derecho es máximamente optimizado mientras el otro no lo es en absoluto?

El segundo punto al que quiero referirme guarda relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. Aquí estamos frente a una escala, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto?. Sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en presencia de una propiedad claramente definida, como sucede con el test del rayado para la escala de los minerales: un mineral es más duro que otro si y sólo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede rayar

al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí.

La tercera y última duda que quiero plantear está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual. Lo que conlleva una concepción que ha sido denominada una concepción ad hoc de la ponderación. Mientras la ponderación en abstracto es una ponderación definicional- es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias-, pero inconcluyente, puesto que de la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto; la ponderación en concreto es siempre ad hoc y ello conlleva que 'una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior'. De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más, se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.

En mi opinión, estos tres problemas socavan gravemente el modelo proporcionalista de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones.



A menudo se añade a esta crítica la idea según la cual el juicio que subyace a la asignación de peso a los diversos principios es un juicio totalmente subjetivo y, como tal, no controlable racionalmente. Basta decir aquí, aunque no puedo argumentarlo, que no considero que la evaluación de la aplicabilidad de los principios sea una tarea plenamente subjetiva y, en este sentido, comparto el propósito de Alexy de buscar un mecanismo de control racional de esta tarea.

## 2.4. El enfoque especificacionista

Merece la pena, entonces, explorar el enfoque especificacionista, consistente en reducir el alcance de los principios pero conservar su fuerza. Uno de los puntos centrales en los que insisten los particularistas es que las razones (morales, jurídicas) no se comportan de modo atomista, sino holista; pues bien, como ha sido sugerido (VÄYRYNEN 2006: 710) la estrategia que voy a presentar trata de secuestrar al holismo y acomodarlo en un marco generalista.

Lo haré valiéndome del caso Titanic propuesto tantas veces por Alexy. En este caso se ponen de manifiesto los problemas que he señalado, creo, en la concepción de Alexy. En primer lugar, ¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión y una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial 'asesino nato' es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de 'tullido' es gravísima (que, por cierto, no es una categoría presente en la clasificación de Alexy)? Y ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales

con este método: en el caso de la expresión 'asesino nato' la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de 'tullido' ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?

Por estas razones, creo que es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios -pautas con las condiciones de aplicación abiertas-, a reglas -pautas con las condiciones de aplicación clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como supuesto el caso del Titanic.

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el universo del discurso. Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo aun conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso del Titanic, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas.

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas prima facie aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de



reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente. Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama de prostitución infantil es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de información cede ante el derecho al honor y b) publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un supuesto en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades relevantes de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro supuesto son claramente relevantes las siguientes propiedades: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz (tal como ello es entendido por muchos altos Tribunales, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada), y que la noticia no sea injuriosa.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen un modo de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial, aunque reducen el alcance de los principios. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que, en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso. Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

Es obvio que en muchos casos individuales la solución ofrecida por una y otra reconstrucción será la misma. No obstante, insistiré en aquello que las distingue. La concepción aquí defendida requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas relevantes. Guiar el comportamiento es, en realidad, seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas. Obviamente que esta selección de propiedades no está en disposición de resolver todos los casos individuales, principalmente porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán casos de duda: ¿Es determinada expresión un insulto o no, como por ejemplo llamar al oficial de la reserva 'asesino nato' en el contexto satírico de la revista Titanic? Esta podría ser una forma de reconstruir la decisión del Tribunal Constitucional alemán con el esquema presentado. La



ventaja, en mi opinión, es que el Tribunal en el futuro sólo ha de plantearse si determinada expresión es o no injuriosa y no el grado de interferencia de dicha expresión en la libertad de información.

Por otra parte, en la concepción especificacionista no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia. El derecho a la vida que parece un candidato a tener mayor peso, también está sujeto a especificación: en primer lugar, porque algunas veces el derecho a la vida de una persona entra en conflicto con el derecho a la vida de otra persona, pero también porque aunque el derecho a la vida genera un deber especial de, por ejemplo, los médicos para asistir a aquellos cuya vida corre peligro, dicho deber es exceptuado cuando la persona cuya vida corre peligro ha expresado seria y libremente su rechazo a determinado tratamiento (así las transfusiones de sangre) en virtud de sus convicciones religiosas.

Por último y más importante: el modelo de Alexy está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados.

Considero la estrategia especificacionista razonable. Sin embargo, para que dicha estrategia sea convincente debe ser sometida a dos limitaciones importantes. Por una parte, dicha especificación contendrá siempre, entre las circunstancias que permiten revocar la obligación moral a la que en principio llevan determinadas propiedades –llamémosle defeaters-, conceptos morales. Supongamos que yo he prometido ir esta noche a cenar a casa de un amigo. Si mi amigo me llama para decirme que si no termino el artículo que estoy escribiendo puedo no ir a su casa, este hecho socava la razón para cumplir la promesa, se trata de un underminer, una causa de suspensión. Ahora bien, si mi amigo me llama para decirme que está muy cansado y que no se siente con fuerzas para

cocinar esta noche, entonces este hecho cancela mi obligación de un modo diverso al anterior: no sólo la socava, sino que me ofrece una razón para no ir a su casa, se trata de un reverser, una causa de inversión. Y si yo sufro mareos y no me encuentro bien para ir a su casa, entonces mi responsabilidad es anulada mediante una excusa. Por otra parte, si es mi mujer la que me llama desde el hospital en el que ha sido ingresada entonces el deber de acudir al hospital revoca el deber de cenar con mi amigo, se trata de un override, una causa de anulación. Como dice Walter Sinnott-Armstrong, al que se deben estas ideas y esta terminología: 'Override, underminer, reverser, and excuse are, then, all reason defaters' (anulaciones, suspensiones, inversiones y excusas son, entonces, todas ellas causas de revocación de las razones'.

Entonces, los principios morales deben ser formulados incluyendo sus defeaters. Ahora bien, los defeaters siempre contendrán conceptos morales. Sólo en este sentido es posible codificar los principios morales. Es claro que, al menos, por razones epistémicas no podemos codificar todos los defeaters acudiendo únicamente a propiedades naturales. Además, dadas las infinitas descripciones posibles de las acciones, es plausible pensar que también dicha tarea es irrealizable por razones conceptuales. Este es el sentido en el cual el universalismo puede ser adecuado: hay principios morales, ahora bien –y esta es la concesión al particularismo- que contienen necesariamente conceptos evaluativos. Podemos de este modo revisar los antecedentes de nuestros principios prima facie haciéndolos más específicos, pero con el coste de incorporar en ellos, como defeaters, conceptos evaluativos.

Así es como, por otra parte, están codificadas las normas jurídicas. Si alguien mata a otro, comete un homicidio castigado, en principio, por el código penal; pero dicha acción no es punible si ha sido realizada en legítima defensa o en estado de necesidad o cualquiera del resto de causas de justificación, o ha sido realizada en presencia de alguna de las causas de exculpación (trastorno mental, por ejemplo). Las causas de justificación y las excusas son los defeaters en la codificación de las normas penales. Dichos defeaters están de hecho



formulados de tal modo que incorporan conceptos evaluativos (en el caso de la legítima defensa, que la agresión a la que se responde sea ilegítima, que no mediere provocación suficiente, etc.) Si alguien realiza un contrato de compraventa, obligándose a la entrega de un coche a cambio de un precio, tal contrato es válido siempre que no medien, por ejemplo, algunos vicios del consentimiento. Es decir, las obligaciones en el derecho privado están también sujetas a defeaters: los contratos son nulos si son contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, son también nulos si se otorgan con algún vicio del consentimiento (error, coacción, etc.). Como puede apreciarse, también en este caso los defeaters contienen conceptos evaluativos.

No veo razones para rechazar este punto de vista para la moral, ni desde el punto de vista conceptual, ni desde el punto de vista justificativo. Ni siquiera Jonathan Dancy rechaza esta posibilidad. Ahora bien, Dancy replica diciendo que de este modo no conseguimos todavía dar forma (shape) a las propiedades naturales sobre las que las propiedades morales supervienen, puesto que ahora queda por averiguar sobre qué propiedades naturales supervienen los defeaters. Es decir, esta forma de universalismo no es más que un particularismo disfrazado de universalismo, un lobo con piel de cordero. Es un argumento similar al de Bruno Celano. Celano sostiene que no hay ningún modo estable de llevar a cabo la revisión desde nuestros condicionales derrotables hasta los condicionales inderrotables y no lo hay porque la noción de una tesis de relevancia última está mal formada. La tesis de relevancia última es aquella que establece cuáles son las propiedades naturales relevantes de un modo exhaustivo y, según Celano, no hay esperanzas de alcanzar tal objetivo. Según Celano, el conjunto de las combinaciones de las propiedades potencialmente relevantes, que toman en cuenta la historia del caso, no es agotable.

Estas consideraciones de Celano (y de Dancy) nos llevan a otra limitación del universalismo. Concedo, sin más argumentos, que en la codificación de las normas morales (y jurídicas) no puede irse más allá de principios o normas con defeaters evaluativos. Sin

embargo, el discurso de aplicación de dichas codificaciones puede ir más allá. Sería irrazonable suponer que, enfrentados a un problema moral, debamos reconstruir todos nuestros principios morales válidos para todas las acciones humanas posibles. Es más sensato considerar que podemos adoptar un determinado universo del discurso, es decir, un conjunto determinado de acciones humanas. Por ejemplo, el conjunto de las acciones de devolver los libros que tenemos en préstamo. Tal vez en este caso, podamos alcanzar algo como una tesis de relevancia. Son relevantes, con seguridad, el plazo de tiempo por el que tenemos el préstamo, el hecho de que el que nos lo prestó sea su verdadero propietario (no es un libro sustraído de la biblioteca universitaria, por ejemplo), debemos incluir también las justificaciones (tuvimos que ausentarnos de la ciudad por un tiempo) y las excusas (lo dejamos olvidado en un cambio de domicilio). Podemos también delimitar previamente el conjunto de normas morales a tomar en cuenta, de modo de ignorar casos recalcitrantes siempre imaginables. Podemos atender únicamente a la norma moral que obliga a devolver lo prestado bajo ciertas condiciones e ignorar, ahora, la norma moral que prohíbe inducir a otro al suicidio, y así ignorar el supuesto de que la lectura del libro, dado el estado anímico de su propietario, puede llevarlo a suicidarse. Obviamente que, si apreciamos que este es el caso, debemos introducir esta norma en el sistema. Pero limitada a un universo de acciones y a un subconjunto de las normas morales, creo que es razonable aspirar a obtener una tesis de relevancia manejable. Por otro lado, así operan los juristas cuando se enfrentan a un caso real o hipotético: toman en cuenta un universo del discurso delimitado y un subconjunto de normas jurídicas (no todas las normas jurídicas, ya que no es sensato, aunque son un conjunto finito –si nos limitamos a las normas formuladas y no tomamos en cuenta las derivadas–, pensar en una reconstrucción global de todas ellas). Para microsistemas así concebidos la operación de revisión estable es alcanzable y permite pasar, en este contexto delimitado, de la formulación de defeaters evaluativos a defeaters descritos mediante propiedades naturales. Obviamente que se trata, por definición, de reconstrucciones incompletas. También es verdad, como quieren los particularistas, que dichas reconstrucciones dependen del contexto, pero no dependen –como arguyen los particularistas– del



contexto establecido por las circunstancias del caso concreto, sino que dependen del contexto del problema normativo seleccionado. Es decir, en un contexto normativo así delimitado, hay propiedades naturales uniforme e invariablemente relevantes.

### 3. CONCLUSIÓN

#### 3.1. Frónesis aristotélica para concluir

Alguien puede considerar, con razón, que esta defensa del generalismo concede demasiado al particularismo, dado que sólo tenemos principios morales si los concebimos como incorporando conceptos evaluativos y en el razonamiento práctico el juego de estos principios está delimitado por el contexto del universo del discurso seleccionado y de los principios morales que consideramos aplicables. Sin embargo, aún con estos límites, la imagen del razonamiento práctico que obtenemos permite la subsunción de casos individuales en pautas generales y deja un razonable espacio para la articulación y la consistencia de las decisiones. Esta concepción del razonamiento práctico vale, en mi opinión, tanto para la moral cuanto para el derecho.

Quiero decir, para terminar, que me complacería que las ideas presentadas aquí sean sólo un desarrollo de la concepción aristotélica de la deliberación práctica, de la frónesis aristotélica. El cómo y por qué deberán, me temo, aguardar a otra ocasión.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, (New York-Wien: Springer).

ALEINIKOFF, T. Alexander (1987): 'Constitutional Law in the Age of Balancing' *Yale Law Journal* 96: 943-1005.

ALEXY, Robert (1986): *Theorie der Grundrechte*, (Frankfurt: Srukhampt), trad. De E. Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

--- (2002): 'Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales', trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66: 13- 64.

--- (2003a): 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Iuris*, 16: 131-140.

--- (2003b): 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Iuris*, 16: 433-449.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho* (Barcelona. Ariel).

--- (2000): 'Rules and Principles Revisited', *Associations*, 4: 147-156.

BAYÓN, Juan Carlos (2001): '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico', *Doxa* 24: 35-62

BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

CELANO, Bruno (2007) : 'Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità : il modello triadico', *Ragion Pratica*, 1 (giugno) : 133-150.

DANCY, Jonathan (1993): *Moral Reasons* (Oxford: Basil Blackwell).

--- (1999): 'Defending Particularism', *Metaphilosophy* 30: 24-32.

--- (2000): *Practical Reality* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

--- (2001): 'Moral Particularism', Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2001 edition), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2001/entries/moral-particularism/>

--- (2004): *Ethics without Principles*, (Oxford: Oxford University Press).



DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, (Cambridge, Mass., Harvard University Press).

ENDICOTT, Timothy (1998): 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4: 283-301.

FERRAJOLI, Luigi (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta).

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007a): 'El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica' en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, ed. a cargo de Ricardo García Manrique, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007), cap. VII.

--- (2007b): '¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, e 25 de abril de 2007', *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, (Lima), 2, n.8: 619-627.

GUASTINI, Riccardo (1998a): 'Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale', *Diritto Pubblico*, 651-659.

--- (1998b): *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano: Giuffrè).

--- (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. castellana de J. Ferrer, (Barcelona: Gedisa).

HABERMAS, Jürgen (1992): *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, (Madrid: Trotta).

HARE, R. M. (1952): *R.M. The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press).

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces* (Madrid: Marcial Pons, 2005)

HOLTON, Richard (2002): 'Principles and Particularisms', *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 76: 191-210.

HURLEY, Susan (1989): *Natural Reasons*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (1990): 'Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent'. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10: 221-255

KANT, Immanuel (1989): *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Ors y J. Conill Sancho, (Madrid: Tecnos).

McDOWELL, John (1998): *Mind, Value, and Reality* (Cambridge, Mass.; Harvard University Press).

McNAUGHTON, David (1988): *Moral Vision*, (Oxford: Oxford Blackwell).

McNAUGHTON, David; RAWLING, Piers (2000): 'Unprincipled Ethics' en H HOOKER, Brad; LITTLE, Margaret (eds.) (2000), *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press).

MORESO, José Juan (2002): 'Conflitti tra principi costituzionali', *Ragion Pratica* 18: 201-221.

--- (2004): 'Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales' en BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO SANCHÍS, Luis (comps.) (2004): *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

--- (2005a): 'Positivismo giuridico e applicazione del diritto', *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35: 225-244.

--- (2005b): 'Cristina Redondo su ragione e norme', *Ragion Pratica*, 2 (dicembre): 491-506.

NUSSBAUM, Martha C. (2001): *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, 2 edition, (Cambridge: Cambridge University Press).



RICHARDSON, H. S. (1990): 'Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems', *Philosophy and Public Affairs* 19: 279-310.

RODRÍGUEZ, Jorge L. (2000): 'Axiological Gaps and Normative Relevance' *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 86: 151-167.

RODRÍGUEZ, Jorge L.; SÚCAR, Germán (1998): 'Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho' en *Análisi e Diritto* 1998, 277-305.

ROSS, W.D. (1930): *The Right and the Good* (Oxford: Oxford University Press).

SCANLON, Thomas (2000): 'Intention and Permissibility', *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 74: 301-317.

SHAFFER-LANDAU, Russ (1995): 'Specifying Absolute Rights', *Arizona Law Review*, 37: 209-225.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter (1999): 'Some Varieties of Particularism', *Metaphilosophy*, 30: 1-12.

VÄYRYNEN, Pekka (2006): 'Moral Generalism: Enjoy in Moderation', *Ethics* 116: 707-741.

WIGGINS, David (1987): 'Deliberation and Practical Reason' en D. WIGGINS, *Needs, Values, and Truth. Essays in the Philosophy of Value* (Oxford: Basil Blackwell, 1987).

## SEXTO EJE

### JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL



## EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL



***Francisco Javier Díaz Revorio***

*Es de mayor oportunidad y trascendencia interiorizarse en los presupuestos de la jurisprudencia constitucional; en opinión del profesor Francisco Javier Díaz Revorio "...en todos los sistemas constitucionales, plantea siempre problemáticas muy comunes, muy dinámicas, que repercuten entre los órganos generadores de la jurisprudencia constitucional (los Tribunales Constitucionales y otros como el Poder Judicial), es el precepto vinculante que va a redundar en su condición como fuente de Derecho..."*.

*En los distintos modelos, ese valor jurisprudencial fue alcanzado por vías diferentes (sistema concentrado, difuso o mixto), las referencias académicas de Díaz Revorio así lo establecen; la propia creación de una jurisdicción constitucional especializada, concierne que las resoluciones constitucionales compartan una experiencia especial de interpretación los derechos con matices particulares desde y conforme la Constitución, con lo que se materializan múltiples facetas de ese valor de jurisprudencial constitucional.*



## 1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la temática de este Congreso de Derecho Procesal Constitucional, centrado en la jurisprudencia constitucional, es de la mayor oportunidad y de la mayor trascendencia dado que, en todos los sistemas constitucionales, esto plantea siempre problemáticas muy comunes, dinámicas y que repercuten en las relaciones entre los órganos encargados de la jurisprudencia constitucional señaladamente los Tribunales Constitucionales y otros órganos, como el Poder Judicial y también otros poderes del Estado, porque en función de cual sea el valor de la jurisprudencia constitucional ese vinculante pues va a repercutir en su condición como fuente del derecho.

El valor de la jurisprudencia constitucional nos remite a cuestiones por supuesto vinculadas con la justicia constitucional, el derecho procesal constitucional, pero también, repercutirá en el ámbito de las propias fuentes del derecho; porque la jurisprudencia constitucional tendrá en la mayoría de los sistemas el valor de fuente del derecho, sin embargo, en los distintos sistemas o en los distintos modelos, este valor fue alcanzado por vías muy diferentes, hay que decir que en los llamados sistemas de control difuso de los Estados Unidos de América, el control de constitucionalidad, de la ley, se produjo de una manera en cierto sentido natural, encomendándose al Poder Judicial como todos sabemos la famosa Sentencia Marbury contra Madison de 1803 se va a instaurar esta posibilidad de la revisión judicial de las leyes, pero esto naturalmente repercutiría en un caos absoluto del sistema si se quedase ahí, es decir, en que simplemente los jueces y tribunales pudieran inaplicar las leyes contrarias a la constitución, claro que esta es la base del control de constitucionalidad tal como lo establecía el juez Marshall, pero repito, esto tiene que venir apoyado por un fuerte elemento, a pesar de que el modelo fuera difuso, ese elemento de descentralización es el llamado principio *stare decisis*, es decir que los jueces y tribunales están vinculados por las decisiones del tribunal supremo, entonces, esta sentencia del tribunal supremo en el caso de que declare la inconstitucionalidad de la ley, tendrán en la práctica, no en la teoría,

porque en la teoría posiblemente lo que implica es una orden de inaplicación para todos los jueces y tribunales, pero en la práctica esto alcanzará un efecto cuasi general porque en el momento en que la suprema corte se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad de una ley, por supuesto, ningún otro juez o tribunal de la federación, ni de los estados miembros podrán aplicarla.

Por lo tanto, la clave de bóveda para el sistema de control, llamado difuso porque como estoy apuntando tiene un claro elemento de centralización, ese principio es tarea difícil. En Europa, a lo largo de el siglo XIX los jueces no inaplicaban las leyes contrarias a la constitución, entre otras cosas, porque no entendían que la constitución fuera una norma suprema, sino más bien se entendía en la práctica como un documento político y fue por esta razón que en 1920, precisamente ahora conmemoramos este siglo, yo creo que también eso es otro motivo para que este congreso de derecho procesal constitucional se centre en este punto, en el centenario del nacimiento de la jurisdicción constitucional concentrada, es decir, de los primeros tribunales constitucionales. Si bien es verdad que siempre se menciona el ejemplo de Austria, está el de Checoslovaquia que por meses empezó a funcionar antes, pero el de Austria sigue teniendo gran trascendencia de ser una base de un nuevo modelo, de un modelo diferente, un modelo llamado concentrado.

En el modelo concentrado no se presupone que los jueces puedan inaplicar la ley, antes al contrario, los jueces están sometidos a la ley entre un tipo de sometimiento del poder judicial a la ley, se había interpretado de una manera estricta, de una manera formal y general, de tal manera que la norma con rango de Ley no es susceptible de inaplicación por parte de los jueces, con carácter general y esto representaba ese problema entre que la norma con rango de ley no era susceptible de inaplicación y que la Constitución todavía en ese momento, 1920, no se había considerado en realidad como una norma suprema sino, repito, como un documento político, ese fue el motivo por el cual fue necesario la creación de un órgano jurisdiccional específico, en Europa se pudiera haber hecho lo mismo que en Estados Unidos, que era la experiencia perfectamente conocida,



a partir desde ese momento, los jueces ordinarios van a poder inaplicar las leyes contrarias a la constitución, pero no se hizo así porque estaba demasiado arraigado ese principio de sometimiento del juez a la ley para encomendarle al juez lo que no había hecho en 130 años, por eso Kelsen piensa en un órgano específico no piensa en la posibilidad de inaplicación de la ley sino que este órgano actúe como legislador negativo y por lo tanto emita sentencias que en el caso de declarar la inconstitucionalidad de la norma tenga efecto *herga homes*, se trata de que el tribunal constitucional deroga la norma contraria a la constitución y por lo tanto el tribunal actúa en efecto como legislador, solo que en un sentido negativo porque no puede aprobar nuevas leyes pero sí puede derogar las leyes que el legislador ha aprobado. Naturalmente estos son los modelos que nos sirven para entender la lógica de los distintos sistemas, por ejemplo, así como el modelo de control difuso es una secuencia natural de la división de poderes; si al poder judicial le corresponde inaplicar las normas y las normas jerárquicas en caso de conflicto de una norma superior y una inferior pues aplicará la norma superior y en cambio, en el caso Europeo el profesor Pérez habla de una anomalía histórica que quiere decir que si no fuera porque las cosas no hayan funcionado no hubiera sido necesario un Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional desde el punto de vista de la lógica del sistema de separación de poderes no hubiera sido necesario y tampoco lo son porque no todos los países del mundo lo tienen y hay países que garantizan la supremacía de la constitución por vías distintas a la creación de un tribunal constitucional, por lo tanto, ¿Es el Tribunal Constitucional imprescindible para la tutela o para la garantía de la supremacía de la constitución? la respuesta es no, ¿Es convente? Pues eso depende de cada sistema naturalmente, entonces a partir del modelo Austriaco Kelseniano de 1920, se ha considerado que esto será conveniente allí donde el poder judicial no había llevado a cabo esa función, hay otros factores también para la conveniencia del tribunal constitucional, fíjense que esto nace en países descentralizados y también eso implica que esté en una posición idónea para resolver conflictos, conflictos competenciales entre los territorios, así como otra serie de competencias, por lo tanto, desde la lógica de la separación

de poderes y del control de constitucionalidad, como es notorio, existen otras fórmulas, pero también hay que decir que los modelos son eso, modelos, si queremos son referencia, pero en la práctica ni siquiera el modelo de Estados Unidos es totalmente difuso por los motivos que acabo de apuntar, de tal manera que la Corte Suprema de Estados Unidos tiene elementos propios y comunes con otros tribunales constitucionales y ni tampoco el modelo de Austria es absolutamente concentrado, dado que los jueces ordinarios también van a participar aunque solo fuera por la vía de la interpretación conforme de la ley, la cual implica la posibilidad de descartar, de dejar de lado determinadas interpretaciones de la ley, por tanto, no deja de ser una depuración del ordenamiento, un precepto legal permite diferentes interpretaciones y estas interpretaciones son normas, alternativas que derivarían de este texto, es decir, podemos interpretar en el sentido A o vamos a interpretar en el sentido B y si interpretamos en el sentido A y descartamos el B, pues ya participamos de la depuración del ordenamiento, así que como mínimo hay otras vías en teoría, pero para hacerlo simple a través de la interpretación conforme los jueces ordinarios participan en el control de constitucionalidad, así que los modelos puros no existen en la práctica y además la inmensa mayor parte de los modelos y sobretodo en el caso Iberoamericano han incorporado, han incorporado el elemento de la descentralización, por ejemplo, la creación del Tribunal Constitucional que conocemos en países como República Dominicana, en países centroamericanos como Guatemala y en prácticamente todos los países de la zona andina; Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, entre otros, por lo tanto, la propia creación de la jurisdicción constitucional es un elemento claro que toma como referencia ese modelo Austriaco.

Sin embargo, el valor de la jurisprudencia constitucional va a ser superior, puesto que incluso en un modelo mixto se necesita priorizar ese valor de la justicia constitucional, este es el gran bloque que abordaré, el valor de la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho y para cerrar esta primera parte me gustaría citar al profesor Francisco Fernández que en un trabajo muy interesante nos habla de la obsolescencia de la bipolaridad del control difuso



y del control concentrado, esa bipolaridad está absolutamente superada, hoy existen otras series de clasificaciones y por supuesto esos modelos los hemos tomado como punto de partida, pero como referencia ni en Bolivia ni en Colombia, ni en ninguno de los países americanos donde existe un Tribunal Constitucional, ni tampoco en los europeos, hay una traslación exacta de aquel modelo Kelseniano, pero la referencia existe y por tanto es importante ahora que ha transcurrido un siglo de este Tribunal Constitucional reconocer también el merecido tributo a esa referencia Kelseniana que no se ha abandonado nunca.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

A continuación, veremos cómo hoy en día se materializa ese valor de la jurisprudencia constitucional, que, desde mi punto de vista es en todos los sistemas, difusos y concentrados, fuente del derecho, con matices y variantes que naturalmente van a depender de las regulaciones de cada sistema, no voy a entrar en un examen comparado exhaustivo ni de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, ni de tribunales europeos ni americanos, más bien en una teoría de la jurisdicción constitucional que nos habla de las distintas facetas a través de las cuales se va a manifestar ese valor de la jurisprudencia constitucional como fuerte y que luego puede variar en los distintos sistemas.

Las primera de esas vías es el efecto de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad, como ya se explicó antes, esta es la clave de bóveda y las diferencias que vemos entre modelos inspirados en el modelo concentrado y en el difuso; el hecho de que se declare una ley inconstitucional no implica que se derogue ni que se expulse del ordenamiento y en el concentrado si, esa es la gran diferencia, pero ya se dijo que en la práctica no es tan grande porque también en el modelo difuso los tribunales ordinarios no es que no tengan esa ley porque se haya expulsado del ordenamiento sino es que tienen que acatar la jurisprudencia del tribunal supremo y tienen seguir las pautas, ese principio es tarea difícil, por tanto el elemento o la vía más evidente por la cual la jurisprudencia

constitucional es fuente del derecho es esta, pero también hay que decir que en los sistemas inspirados en el modelo Kelseniano, la vía es más directa porque es una auténtica derogación, eso era en Austria, pero aquí debemos de plantearnos en un breve examen comparado cómo esto se ha ido matizando y adquiere diversas variantes, para empezar, está el problema del efecto temporal de esa inconstitucionalidad, para Kelsen esto sea tiene que ser de derogación, es decir que el tiempo que la ley había estado vigente, se aplicaba y producía efectos, estos efectos no se podían alterar partiendo del principio de la presunción de la constitucionalidad de la ley; de tal manera que los efectos que están declarados hasta que el tribunal constitucional la haya declarado inconstitucional serían intocables, pero esto es en Austria, otros modelos como el alemán, el italiano, el español, han ido incorporado efectos retroactivos a la declaración de inconstitucionalidad, ahí ya no hablaremos tanto de derogación como de nulidad o por lo menos de efectos que nos aproximan a la nulidad con grandes matices, porque esta nulidad tiene excepciones, por poner solo un ejemplo, en el caso español se dice que la sentencia que declara la inconstitucionalidad declarará la nulidad, pero luego se nos dice que las sentencias que tengan la fuerza de cosa juzgada no van a poder ser revisadas, como consecuencia de la declaración de inconstitucional, pero luego se hacen excepciones, esas sentencias serán sentencias condenatorias en la vida penal o en la vía sancionatoria administrativa y, la ley que sustentaba la condena, la sanción es declarada inconstitucional entonces si se deben revisar porque la nulidad de esa ley penal o sancionatoria en este caso favorece a la persona sancionada y por lo tanto ahí va a prevalecerá la idea de justicia sobre de la seguridad jurídica.

El problema de los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad que en el modelo Kelseniano original era claramente derogación y por lo tanto hacia el futuro, y sin embargo, en muchos casos se van incorporando a la idea de nulidad y con efectos hacia el pasado que también es una idea propia de la jurisdicción contenciosos administrativa cuando nos habla de la nulidad que siempre va tener una tendencia o al menos en esos



efectos retroactivos, lo que pasa es que otras veces esto no es posible esto no es conveniente por diversas razones y entonces también se incorporaron otras fórmulas que no solo son de derogación sino que retrasan los efectos de la sentencia, por ejemplo, algo que existe precisamente en Austria es la posibilidad que el Tribunal Constitucional retrase los efectos de la derogación de la ley durante un plazo determinado, que puede ser hasta 18 meses, para que en aquellos supuestos en los cuales derogar la ley generaría una laguna más contraria a la Constitución que la que contiene la propia ley, la ley contiene una regularización que es conforme a la constitución pero omite determinados aspectos que la constitución requeriría y esto no lo puede solventar el Tribunal Constitucional, esto solo puede solventar el legislador, entonces el Tribunal Constitucional ha de ser en estos casos deferente con el legislador, por eso se permite declarar la ley inconstitucional pero hasta dentro de 18 meses, o lo que el Tribunal estipule, no va entrar en vigor esta declaración de inconstitucionalidad, por lo tanto la ley se sigue aplicando para que el legislador pueda en ese tiempo aprobar otra conforme por completo con la constitución y se la sustituya, esa posibilidad de efectos hacia el futuro es propia del sistema austriaco. Otros tribunales lo han hecho también, a veces dan un plazo más o menos concreto o acuden a la idea del plazo razonable; el legislador ha dictado una ley que es parcialmente conforme a la Constitución pero que también por diversas omisiones o circunstancias no es plenamente conforme a la constitución por lo que la debe sustituir por otra y tiene un plazo. Esta es la primera cuestión de los efectos de las decisiones de la constitucionalidad y el problema importante del efecto temporal de estas decisiones.

Una segunda cuestión que quiero tratar es el problema del valor del otro tipo de sentencia, de las que recaen en otros procesos como los procesos de amparo o procesos de conflictos, es muy importante determinar qué valor tienen estas sentencias dado que una cosa es declarar una ley inconstitucional o en su caso derogarla o anularla y otra cosa es simplemente declararla conforme a la constitución, pero para declarar que una ley es conforme con la constitución hemos tenido interpretar la constitución y hemos tenido que

interpretar una ley y ahí nos aparece por ejemplo el problema de las sentencias interpretativas que son las que establecen que hay varias interpretaciones de la ley, una es conforme con la constitución y otra no: el texto es plenamente conforme con la Constitución, pero las interpretaciones unas si otras no, por eso las sentencias interpretativas pueden ser estimatorias si declaran que la ley es inconstitucional si se interpreta en un sentido determinado o pueden ser desestimatorias si declaran que la ley es constitucional si se interpreta en el otro sentido. En la práctica han sido más frecuentes las sentencias interpretativas desestimatorias, aunque yo siempre defendí que tendría más lógica desde el punto de vista de la depuración de los ordenamientos y por lo tanto desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es decir, saber que hay interpretaciones que se están descartando, que se están depurando, tendría más lógica las sentencias interpretativas estimatorias. En Italia donde fue el primer país que se empezó a aplicar de manera generalizada este tipo de soluciones, se generó un conflicto, grande entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación, entre qué efectos deberían tener las sentencias que no son estimatorias sino que son interpretativas desestimatorias, resulta que la ley en Italia solo nos decía que eran vinculantes las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad, pero ahí sí Corte Constitucionalidad declaró que un precepto legal es constitucional si se interpreta en un sentido determinado, no quedaba claro cuál era el efecto de esa jurisprudencia y la Corte de Casación prefirió no darse por aludida, eso generó un gran conflicto en los años 50 que fue llamada la guerra de las dos cortes y que se solventó porque la Corte Constitucional para evitar que la Corte de Casación ignorase sus decisiones pasó a emitir sentencias estimatorias para lo que se acudía a la doctrina del llamado "derecho vivo", que significa; como la ley que le llega al Tribunal Constitucional, sobretudo en Italia donde el protagonismo del control de constitucionalidad lo tiene la llamada vía incidental que es un planteamiento de una cuestión sobre la constitucionalidad que le plantean los jueces ordinarios al tribunal constitucional y cuando esto se produce la ley ya está interpretada y a veces está interpretada desde hace años o décadas en una línea jurisprudencial consolidada, entonces, el salto que dio el tribunal constitucional fue



decir: "ya no voy a decidir si esto es constitucional si se interpreta en este sentido si en el sentido que quiero dar es contrario al que vienen dando los jueces y tribunales". Si la interpretación consolidada es contraria a la constitución entonces emitiré una sentencia de inconstitucionalidad pura y esta es vinculante

Este episodio pone en relieve como a veces las sentencias que no declaran la inconstitucionalidad pueden tener problemas desde el punto de vista de su vinculatoriedad y su eficacia, es verdad que en la mayoría de los sistemas ya se establece, por ejemplo, en el caso español en su art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los jueces ordinarios están obligados a seguir la interpretación que el Tribunal Constitucional haga de la propia constitución y en su caso, como consecuencia de la interpretación constitucional de la ley. En el caso español yo creo claramente que en estas sentencias que son desestimatorias la interpretación que el Tribunal hace forma parte de la fuente del derecho y va a vincular, no a los ciudadanos, pero si a los tribunales lo que en la práctica es lo mismo.

El efecto de otras decisiones que va a depender de la regulación de los distintos sistemas, pero debería también tender a su consideración como fuente, considerarse vinculante esa interpretación al menos en lo que tiene como interpretación de la Constitución, en lo que tiene de interpretación de la ley conforme a la Constitución, sería susceptible a debate, en mi opinión, esto solo sería posible, es decir, el Tribunal Constitucional solo debería hacer esto para descartar interpretación en su función de depuración del ordenamiento jurídico, no para imponer una única interpretación, es verdad que es absolutamente cierto que el Poder Judicial es soberano en la interpretación de la ley, entonces un Tribunal Constitucional no puede o no debería decir cuál es la única interpretación de la ley, sino que debería decir como mucho qué interpretaciones de la Ley deben rechazarse por su contradicción con la propia constitución, de esta manera se enfatizaría el valor de la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho, esta idea se traduce en un precepto que existe en muchos ordenamientos jurídicos, en la legislación orgánica del Tribunal Constitucional por ejemplo, en España y en otros

países, la idea de que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, esto es muy importante porque al ser el intérprete supremo no es el único, no excluye la interpretación que puedan realizar los tribunales ordinarios, el propio legislador; ya que cuando aprueba una ley interpreta que esa ley es conforme a la constitución porque se supone que ese legislador no quiere aprobar leyes intencionadamente inconstitucionales, es decir, que toda aprobación de una ley presupone la interpretación de la constitución y toda aplicación de la ley por parte de los jueces ordinarios, presupone también la interpretación de la Constitución, al menos, repito, en el sentido de que esa ley es conforme a la constitución, o que esa aplicación que se está haciendo no contradice la constitución, incluso los ciudadanos cuando realizan cualquier tipo de acto jurídico están interpretando la ley, están interpretando la constitución, que sea un acto lícito, que no contradice ninguno de los valores constitucionales, por lo tanto, existe una pluralidad de intérpretes, pero precisamente para evitar el caos y la falta de seguridad jurídica, que se produciría si cada uno pudiese interpretar la constitución como quisiera, aparece esa idea fundamental que es la creación de un Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, que, conllevará estos efectos vinculantes de su jurisprudencia, es decir de la interpretación que lleve a cabo, por un lado de la Constitución y por otro lado la interpretación de la ley conforme a la Constitución.

Es tarea también de la interpretación conforme el efecto de la cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional, en qué medida se puede volver sobre un tema ya resuelto, naturalmente si se ha declarado la inconstitucionalidad de esa ley no cabe el efecto de la cosa juzgada porque la ley se ha expulsado de un ordenamiento al menos si hablamos de un sistema inspirado de esta característica esencialmente Kelseniana, la ley que esta fuera del ordenamiento no se puede volver a impugnar, pero si se ha declarado conforme a la constitución entonces ahí uno dice, el efecto de la sentencia no se puede volver a impugnar, pero otros pensamos que la necesidad de la evolución de la jurisprudencia, el hecho de que en el ámbito constitucional a veces pasan los años y la evolución de la mentalidad



de la concepción puede variar, debería permitir que se deje esa puerta abierta a posibles impugnaciones en un futuro siempre que existan vías, esto quiere decir que los jueces o tribunales en el futuro podrían volver a crear normas que sigan vigentes, incluso a veces se da el caso de que una ley es derogada y luego el legislador aprueba otra igual o por lo menos que contiene un artículo igual a la que fue declarada inconstitucional, por lo tanto, ahí es evidente que debe quedar abierta la vía impugnación, pero incluso en la misma ley que no haya sido derogada y solo haya sido interpretada creo que debe quedar también esa posibilidad abierta hacia el futuro.

### 3. CONCLUSIÓN

Estos serían los elementos esenciales que a mí me han parecido destacados para hablar sobre el valor de la jurisprudencia constitucional. No quiero dejar de lado la enorme incidencia que tiene la existencia de lo más reciente de una jurisprudencia constitucional en materia de derechos que también va poder ocupar a veces un papel de fuente porque esa jurisprudencia va a ser vinculante, hablo por supuesto de los dos grandes tribunales europeos, que generan una jurisprudencia, uno más específico de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el de la Unión Europea que no es específico de derechos humanos pero que tiene una gran incidencia en esas cuestiones, es el Tribunal de Luxemburgo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito americano, me refiero a la Corte Interamericana de Derechos que hace ya más de una década incorporó la idea del control de convencionalidad, este control es importante que exista y que por supuesto, pero debe incorporar también la centralización porque si no estamos en el caos porque lo que no podemos tener es Tribunales Constitucionales o tribunales ordinarios en los distintos países del continente que están interpretando la Convención de una manera totalmente antitética, en caso de un precepto de la Convención implica un derecho determinado y en otro caso no lo implica, conocemos casos en los cuales un tribunal constitucional ha podido inaplicar no una ley, sino la propia constitución entendiendo esa supremacía en un aspecto que la propia Corte Interamericana no haya dicho nunca.

Es importante, sin perjuicio del control de convencionalidad lo pueda ejercer cualquier tribunal, incorporar también elementos de centralización que nos lleven a converger en lo que ha sido la jurisprudencia o lo que esté siendo en dado momento la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no que cada uno haga lo que quiera, dando lugar a una absoluta falta de seguridad jurídica, es interesante incidir en esos elementos de centralización que en el ámbito de control de constitucionalidad los debe dar el Tribunal Constitucional, por eso antes yo he dicho que no es imprescindible un Tribunal Constitucional pero inmediatamente añadimos que en muchos casos es muy conveniente o por lo menos un tribunal que centralice, que actúe como supremo interprete de la constitución y en el ámbito supranacional exactamente lo mismo.

Estas son solo unas reflexiones de algunos de los problemas o situaciones que se plantean en relación con esta temática del valor de la jurisprudencia constitucional.



TRAS LAS HUELLAS DE HANS KELSEN.  
A CIEN AÑOS DE LA PRIMERA CORTE  
CONSTITUCIONAL Y OCHENTA DE LA PRIMERA  
SALA CONSTITUCIONAL

*“En homenaje a Roberto Romboli”*



***Néstor Pedro Sagüés***

*Expresando su agradecimiento a la institución y recordando la amabilidad demostrada durante su estadía en la capital boliviana, el profesor Néstor Pedro Sagüés dimensionó su ponencia en tres puntos de suma importancia para el Derecho Procesal Constitucional, verbigracia, cómo se ejercitaba el control judicial de constitucionalidad antes del lanzamiento de los Tribunales Constitucionales, cuál es la naturaleza, razón de ser y finalidad de dicho funcionamiento o su punto de partida, así como lo sucedido con estas instituciones desde 1920 a la fecha.*

*En sabias palabras del profesor Sagüés, “...Hans Kelsen es uno de los líderes de la teoría pura del Derecho, que tiene dos versiones (la de Austria y Checoslovaquia); entonces, para entender el esquema kelseniano tenemos que ubicarnos, precisamente, en la teoría pura del Derecho. Kelsen ignoraba que la problemática humana excede lo jurídico y que a veces es de tipo*



*sociológico, axiológico o político, simplemente decía -o intentaba demostrar- que en un análisis propio del Derecho ese estudio debía ser jurídico...”. Debe entenderse, según el notable catedrático y jurista, que los retos y desafíos de la jurisdicción constitucional en su centenario comprenden, por ejemplo, desafíos de idoneidad o capacidad de los Magistrados que integran Cortes y Tribunales Constitucionales para emitir sus veredictos en sintonía con la Ley Fundamental, a más de una interpretación consecuencialista de las Sentencias Constitucionales, verificando los efectos y resultados que pudiesen provocar, entre otros retos que fueran disgregados con soporte académico.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El transcurso de un siglo parece ser un buen momento para rememorar el nacimiento de los Tribunales constitucionales especializados, coincidiendo este año (2020), además, con los ochenta de la primera Sala Constitucional. El instante es propicio, desde luego, para repensar algunas ideas que corren desaprensivamente en los medios académicos. Por ejemplo, respecto de quién los propuso y de la primicia en el lanzamiento de aquellas cortes.

En este artículo se tratará primero la autoría intelectual y el lanzamiento del Tribunal o Corte Constitucional en la constitución checoslovaca (versión 1920); y acto seguido, en la austríaca (también, según el texto de ese año). Comparando uno y otro documento, se abordará después el Tribunal de Estado de la constitución de Liechtenstein (edición de 1921), que junto con las dos anteriores, conforman el trío de las primeras constituciones adoptantes de cortes constitucionales en sentido preciso. Más tarde se visualizará la primera Sala Constitucional, adoptada por Cuba en su constitución de 1940. El trabajo se cierra con una descripción sintética de esos institutos en la actualidad.

## 2. CONTENIDO TEMÁTICO

### 2.1. La autoría intelectual. Georg Jellinek, el iniciador

Comencemos por la autoría intelectual. La *communis opinio* atribuye al distinguido Jurista Hans Kelsen (nacido en Praga, 1881) y líder de la Escuela vienesa (esto es, de la “teoría pura del derecho”), la paternidad de los tribunales constitucionales (órganos especializados y concentrados en el control de constitucionalidad, con facultad de abolir las normas inconstitucionales).

No obstante, y sin descartar los excepcionales méritos académicos, constituyentes y judiciales del citado pensador, tal vez el jurista de mayor nombradía del siglo XX (como autor y profesor; además, inspirador en buena medida, aunque no total, de la constitución



austriaca de 1920, y destacado juez –en su período fundacional- del Tribunal Constitucional de ese país), (1) cabe subrayar, como se ha dicho con justeza, que la idea de programar un “Tribunal Constitucional para Austria” (sic) (Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich) fue de otro renombrado publicista y catedrático, alemán, Georg Jellinek, quien en 1885 publica en Viena, un ensayo con tal título. La propuesta de Jellinek (más tarde profesor de Hans Kelsen en Heidelberg), era la de transformar el Tribunal Imperial austriaco (1867) en, precisamente, una corte constitucional destinada en parte a contener los excesos del Parlamento y a afianzar la transformación de la monarquía austrohúngara en un “estado constitucional” (aunque conviene aclarar que, para algún sector de la doctrina, el control de constitucionalidad que propone es fundamentalmente para dilucidar cuestiones de competencia entre el estado central y los Länder, y elecciones, más que problemas de constitucionalidad de las leyes) . En síntesis, Jellinek se ha anticipado a Kelsen, en para de esta temática, en treinta y cinco años. (2) Y además, su idea persiste en el pensamiento de Karl Renner y del propio Kelsen, como apuntamos más adelante (parágrafo 4).

Naturalmente, lo dicho no quita mérito a la rigurosa y detallada programación que hizo Hans Kelsen, especialmente a partir de 1918, del Tribunal Constitucional austriaco insertado en la constitución de 1920 de dicho país. Volvemos a poco sobre ello.

### **2.1. La primera Corte Constitucional. Checoslovaquia**

a) Orígenes, cotización. El texto constitucional que comienza por introducir un tribunal o corte constitucional en el escenario comparado, con parte (no todas) de las competencias propias del mismo, es el checoslovaco del 29 de febrero de 1920.

Es cierto que un año antes, el 25 de enero de 1919, la asamblea nacional provisoria de Austria había establecido en Viena una Corte Constitucional de Justicia (v. también infra, parágrafo 4), pero como apunta Tomas Langásek, lo de “constitucional” era solamente de nombre, porque no controlaba la constitucionalidad de normas

(aunque en marzo de 1919 se le confirió un control preventivo de leyes, antes de promulgarlas). De todos modos, cabe reconocer que, en lo que hace a la literalidad del título, fue el primer órgano jurisdiccional con esa denominación. (3)

La primicia de la Corte Constitucional Checoslovaca –repetimos, un auténtico tribunal constitucional- ha sufrido una suerte de devaluación sociológica, donde se conjugan varios factores. En primer lugar, figura la distinta cotización que, en el ámbito universitario del derecho, tenía Viena sobre Praga. Al respecto, por ejemplo, es usual llamar a la teoría pura del derecho como “escuela de Viena”, cuando en verdad aquella doctrina tenía también otra versión, la checoslovaca (denominada “teoría normativista”), llamada “Escuela de Brno” (capital de Moravia, Brünn en alemán), bajo la conducción, principalmente, de Frantisek (Franz) Weyr. En muchas biografías es usual llamar a Weyr “discípulo” o continuador de Kelsen, pero otras afirman su autonomía rotulándolo sí como su colega y hasta amigo, pero no simple prolongador de este último; e incluso al revés, reputándolo –en parte- como su inspirador, fuera de las discrepancias que subyacen entre uno y otro. (4)

En segundo término, otros critican la calidad del proceso constituyente checoslovaco, ya que la referida Constitución de ese país no surgió de “una Asamblea constituyente con miembros elegidos libremente por el pueblo, sino de una asamblea revolucionaria compuesta de ‘diputados’ nombrados por Masaryk y Benes” (dos importantes líderes del país). (5)

La tercera razón es que no obstante haberse sancionado la constitución checoslovaca antes que la austriaca (esta última es del 1º de octubre de 1920), lo cierto es que la Corte constitucional de Austria entró en funciones (ver infra, parágrafo 4) antes que la checoslovaca (que recién se instaló el 17 de noviembre de 1921; y hubo que esperar, además, el 22 de mayo de 1922 para que dictara su propio reglamento); y que este tribunal checo, en sus dieciocho años de existencia formal, dictó poquísimas sentencias (en particular, en 1922, sobre ciertas disposiciones legislativas



interinas), siendo calificado por algunos, en los hechos, como prácticamente inoperante, o como lo califica irónicamente Tomas Langásek, una “curiosidad histórica”. Ello se debió en parte a que los pocos legitimados para impugnar la constitucionalidad de leyes, no lo hicieron; o que cuando ejercitaron tal facultad, el tribunal se encontraba desintegrado. (6) Otros factores bloqueantes del Tribunal lo tratamos en el punto c).

b) Filiación. Contra lo que corrientemente pueda suponerse, la Corte Constitucional checoslovaca no se inspira mayormente en Hans Kelsen. Entre sus “padres fundadores” merecen citarse Jiri Hoetzel (a quien con mucha frecuencia se le reconoce el liderazgo en el planeamiento de la Corte), (7) Alfred Meissner, Frantisek (Franz) Weyr, Václav Boucek, Theodor Bartosek y Karel Kramár, miembros algunos, expertos convidados otros, del comité constitucional de la asamblea constituyente. El diputado Bucek fue terminante en afirmar a la Corte Constitucional como inspirada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, bien que con importantes modificaciones. (8) Mención especial merece Vaclav Joachim, destacado funcionario del Ministerio del Interior, a quien Jiri Hoetzel le atribuye haber redactado el proyecto de Ley Constitucional sobre el Tribunal Constitucional, aunque fue Franz Weir quien actuó como diputado relator de la misma ante la Asamblea Nacional.

Al mismo tiempo, cabe destacar que el tratamiento de la corte constitucional, en las constituciones de Checoslovaquia y de Austria, como veremos más tarde, es por cierto bien diferente.

c) Competencias. Los roles de la Corte Constitucional checoslovaca están descriptos en la ley “que establece la Corte constitucional”, del 29 de febrero de 1920, y en algunos pocos preceptos de la “carta constitucional”, o constitución propiamente dicha, que prosigue a aquélla.

El art. I de la ley determinó que las leyes que contravinieren la carta constitucional, en sus partes, modificaciones y suplementos, son nulas. Agrega la norma que la carta constitucional solamente

puede ser modificada o complementada por leyes señaladas puntualmente como “constitucionales” según el art. 33 de la carta. El art. II determinó que la Corte Constitucional decide si las leyes de la República Checoslovaca y las de la Dieta de la Ruthenia Carpática (una región oriental del país, con cierta autonomía) cumplen con el artículo I. El art. III señala que la Corte Constitucional se compone de siete miembros. Dos son delegados de la Corte Administrativa Suprema; dos de la Corte Suprema de Justicia. Los restantes dos, y el Presidente del Tribunal, son nominados por el Presidente de la República. Añade que la ley regulará los detalles del caso, especialmente respecto al modo en que las cortes referidas escogerán sus miembros que integrarán la Corte Constitucional, los procedimientos y los plazos de su desempeño y los efectos de sus sentencias.

En la carta constitucional, el art. 20 párrafo 6 determinaba que los miembros de la Corte Constitucional, los jueces asociados de una corte electoral y aquellos que sean miembros de la administración, no podían ser miembros de la Asamblea Nacional. El art. 54 párrafo 13, advertía también que la competencia de la Corte Constitucional incluía a las ordenanzas que adoptare un comité legislativo que operaba en supuestos de disolución o receso de una cámara del Congreso, y que normalmente debían adoptarse por ley.

En los hechos, el ejercicio de las competencias del Tribunal Constitucional estuvo perjudicado por una serie de factores. (9) Repasemos algunos: a) la existencia de un período de tres años posteriores a la promulgación de una ley, para que pudiera ser impugnada por su inconstitucionalidad, exigencia que importaba un verdadero plazo de caducidad para activar la tarea de aquella Corte; b) la decisión del Tribunal para invalidar una ley debía adoptarse por las tres cuartas partes de votos de los miembros de la Corte, y no por mayoría simple; c) la sentencia nulificatoria de la ley inconstitucional se adoptaba para el futuro (ex nunc) y no tenía efecto retroactivo (ex tunc); d) la legitimación activa para impulsar la declaración de inconstitucionalidad correspondía a ciertos organismos (v. gr., Cámara de Diputados, Senado, la Dieta de la Ruthenia Carpática),



con un control de tipo "abstracto", pero no a los sujetos individuales agraviados por la ley del caso (control de tipo incidental y concreto); e) la Corte revisaba solamente la inconstitucionalidad de fondo de una norma, pero no la constitucionalidad del procedimiento o trámite por el que se la adoptó; f) el Tribunal Constitucional no tenía asignadas con seguridad partidas presupuestarias específicas que permitieran el ejercicio pleno de sus atribuciones; g) la Corte Constitucional, en definitiva, no era un órgano permanente con jueces full time específicamente designados para ella. Se componía de abogados, fiscales, oficiales estatales, alcaldes, miembros de concejos municipales, provinciales o funcionarios ministeriales), que seguían desempeñando esas otras tareas.

En resumen, este conjunto de factores produjo que la Corte Constitucional de Checoslovaquia tuviera un desarrollo reducido hasta que desapareciera en 1938, con motivo de la ocupación alemana.

## **2.2. Segunda corte. Austria. Los proyectos de Hans Kelsen**

a) Cronología. Repasemos lo dicho hasta ahora y enumeremos los principales pasos dados en Austria para el lanzamiento de su Tribunal Constitucional.

- 1867. Creación del Tribunal Imperial en Austria.
- 1885. Georg Jellinek propone la transformación del mismo en un Tribunal Constitucional, para reprimir los excesos del parlamento y resolver problemas de competencia entre el poder central y las regiones del Imperio austrohúngaro.
- 1918 (30 de octubre). El Canciller Karl Renner, de orientación socialdemócrata, conforme lo anticipara ya en 1917, y siguiendo la terminología de Jellinek, postula ante la Asamblea Nacional Provisional de Austria, la creación de una Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof) para la protección de los ciudadanos, la garantía de la libertad del voto y del derecho público, con

facultades para analizar la constitucionalidad de las normas dictadas por los Länder ("países" o provincias o estados, que componían Austria), y salvaguardando el equilibrio que debía mediar entre ellos y el poder central. Anuncia, al respecto, que se ha constituido una Comisión de la Asamblea, compuesta de veinte miembros.

- 1918 (noviembre-diciembre): Hans Kelsen elabora un memorándum (Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes), que implica un anteproyecto para la activación de la Corte Constitucional. Es su primer paso en tal sentido. (9)
- 1919 (25 de enero) se pone en funcionamiento en Viena una Corte Constitucional de la Austria Alemana, con ese nombre (Deutschösterreichischer Verfassungsgerichtshof), asumiendo algunos roles de un tribunal de este tipo (conflictos de competencia entre el poder central y los Länder, tutela de ciertos derechos políticos), pero sin desempeñar todas las funciones esenciales propias de un organismo de tal condición (ver supra, parágrafo 3). Kelsen la integrará, sucediendo en el cargo al profesor Bernatzik, a quien respetaba como docente.
- 1919 (primavera). Renner encomienda a Kelsen la redacción de varios anteproyectos constitucionales que signifiquen un avance en tal empresa. Son llamados "K-1" y "K-2". El primero, con rasgos confederales, tutela a los Länder. El segundo es más bien federal. Renner, y el partido social demócrata, se inclinan por la última alternativa, que hace residir el poder soberano en el estado central. Para otros autores, Kelsen redacta un número mayor de anteproyectos.
- 1920 (11, 12 y 14 de febrero). Hans Kelsen publica en el periódico "Neue Freie Presse" un artículo titulado Der Vorentwurf der Österreichischen Verfassung ("Anteproyecto preliminar de la Constitución de Austria"). Aclara que en la federación austríaca el poder central precede al de los Länder, y no viceversa. Insiste



en la necesidad de implementar una Corte Constitucional, continuando la idea de Georg Jellinek.

- 1920 (verano). Un proyecto de constitución circula entre los principales partidos: social demócrata, sociales cristianos y nacionalistas y es enviado al Subcomité de Asuntos Constitucionales. Incluye una Corte Constitucional, adonde los Länder podrían apelar. En dicho subcomité Kelsen desempeña un papel decisivo e influye incuestionablemente en varios segmentos de la futura Constitución. Cuenta con el auxilio de un entonces estudiante, Adolf Merkl.
- 1920, 1º de octubre. La nueva Constitución es promulgada. En julio de 1921 asumen formalmente los jueces del nuevo Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), entre ellos Hans Kelsen, en base a una versión reciclada, con ciertas nuevas competencias, de la anterior Corte Constitucional de la Austria Alemana de 1919. A poco, comienza a emitir sentencias. Al revés de lo que por algunos se cree, Kelsen no fue presidente de tal organismo, y permaneció en funciones hasta 1929. En muchos fallos tuvo un papel predominante. En otras, votó en minoría. (10)

b) Las razones de Kelsen en pro de un Tribunal Constitucional. La idea de postular un órgano jurisdiccional extra poder, con control concentrado y especializado de constitucionalidad, tiene un fuerte sustento en las bases de la teoría pura del derecho y en una contundente lógica jurídica. Un trabajo de nuestro autor, dedicado a comparar el régimen estadounidense con el austríaco, escrito varios años después al de la sanción de la Constitución, destaca algunas de sus preocupaciones mayores, ratificando lo expuesto antes, en 1928, en su clásico estudio sobre La garantía jurisdiccional de la Constitución. (11)

Comencemos por los efectos de una declaración de inconstitucionalidad. La solución norteamericana de la judicial review, en el sentido de que esa descalificación significa inaplicar la norma objetada en el caso concreto bajo examen, pero dejarla

vigente y aplicable en todas las demás situaciones, es para Kelsen, por un lado, absurda (¿cómo puede subsistir operando una norma reputada opuesta a la Constitución?), y por otro, anárquica, ya que algunos jueces podrían reputarla constitucionalmente válida y otros no. Para remediar esa situación, no existía otra alternativa que imaginar un cuerpo concentrado y especializado en materia de control de constitucionalidad, con atribuciones para derogar a la norma inconstitucional. En otras palabras, para invalidarla en general, ex nunc, para todos los casos futuros. A contrario sensu, "mientras el Tribunal no declare inconstitucional una ley... tiene que ser respetada". La ley inconstitucional, reitera, no es nula, sino anulable: en rigor, solamente pasa a ser "nula" solamente si la autoridad competente la declara tal.

Agrega Kelsen que "la decisión del Tribunal Constitucional por la cual una ley es anulada, tiene el mismo carácter que una ley que abroga otra ley. Es un acto de legislación negativa". Ese rol legislativo del referido Tribunal explica a su vez que, en la Constitución austriaca de 1920, sus jueces fuesen designados por el Parlamento, al revés de los otros jueces del Estado, nombrados por la Administración.

Interesa destacar que en el esquema kelseniano de 1920 las partes de un proceso administrativo no tienen derecho a exigir que el Tribunal Constitucional resuelva una cuestión de constitucionalidad que ellos planteen: "Sólo pueden sugerirlo". Respecto de los reglamentos (de leyes), muy numerosos y significativamente importantes en Austria (si se compara con Estados Unidos), escribe nuestro autor, cualquier parte podía requerir el control de constitucionalidad, cuando se apartaren de la ley, pero este solamente se llevaba a cabo si el tribunal donde se diligenciaba el caso tenía dudas sobre la aplicación de la norma reglamentaria, y en tal supuesto discontinuaba el proceso y se dirigía al Tribunal Constitucional para que el mismo considerase la anulación del reglamento violatorio de la ley. En cuanto a las leyes, también la inconstitucionalidad podía ser demandada ante la Corte Suprema o la Corte Administrativa, pero el trámite proseguía exclusivamente si ellas dudaban de la constitucionalidad de la



ley y elevaban el caso ante el Tribunal Constitucional. No estaban obligadas a acceder a las peticiones de las partes.

Uno de los temas que preocupaba a Hans Kelsen era el interrogante de si, cuando el Tribunal Constitucional abolía por inconstitucional una ley, que a su vez había derogado a otra, esta última renacía como consecuencia de la sentencia de dicho Tribunal. Kelsen advirtió que, prudentemente, la Constitución austríaca así lo disponía, evitando así el horror vacui, esto es, el temor al vacío jurídico provocado por la declaración de inconstitucionalidad con resultados erga omnes, pero que el Tribunal Constitucional, al fallar, podía disponer lo contrario, atendiendo las circunstancias del caso.

En ciertos y determinados casos, por lo demás, Hans Kelsen admitía el control preventivo de constitucionalidad mediante una opinión consultiva al Tribunal Constitucional, ante proyectos de normas, para disipar dudas en torno a si determinadas cuestiones caían bajo la órbita del gobierno central o de los Länder (estados o provincias) locales. Para fundar esta posibilidad, recordaba que la institución del control de constitucionalidad de las leyes, "es una función legislativa y no meramente judicial".

### **2.3. Cláusulas de la Constitución de 1920**

Los artículos 137 a 148 de dicho instrumento se ocupan del Tribunal Constitucional. En cuanto su estructura y residencia, determina que su sede es Viena, y que comprende a un Presidente, un Vicepresidente, un número variable de miembros y de suplentes. El Presidente, Vice y la mitad de los miembros titulares y suplentes, son elegidos de por vida por el Consejo Nacional, y la otra mitad por el Consejo Federal (art. 147). El resto de la organización y procedimientos del Tribunal se determina por una ley federal especial (art. 148).

La competencia de este Tribunal ocupa la mayor parte del resto de los artículos. Desde ya cabe alertar que la misma es residual: conoce de las reclamaciones contra el Estado federal, los Estados

miembros o los municipios, cuando ellas no puedan ser tratadas por la justicia ordinaria (art. 137). Acto seguido determina que el Tribunal Constitucional decide, en primer lugar, sobre conflictos de competencia entre los tribunales judiciales y las autoridades administrativas, entre la Corte de Justicia Administrativa y todos los demás tribunales, incluyendo al Tribunal Constitucional, y entre los Länder y la Federación, u otro Land (art. 138).

El art. 139 agrega que el Tribunal Constitucional conoce, a) a requerimiento de un tribunal ordinario, de la ilegalidad de los reglamentos de una autoridad federal o de un Land (también procede de oficio cuando un reglamento fuera a constituir la base de un fallo del Tribunal Constitucional); b) a pedido del Gobierno federal, de la ilegalidad de reglamentos dictados por un Land; c) a requerimiento del gobierno de un Land, de la ilegalidad de un reglamento emitido por una autoridad federal. Añade esta cláusula que la decisión del Tribunal Constitucional por la que la disposición de un reglamento es declarada ilegal, obliga a las autoridades competes a la publicación inmediata de la abrogación; y que esta entrará en vigor el día de tal publicación.

El art. 140 de la Constitución es tal vez el de mayor importancia en el tema de las facultades del Tribunal Constitucional. En concreto, determina, a requerimiento del gobierno federal, sobre la constitucionalidad de una ley de un Land; y sobre la constitucionalidad de una ley federal, a instancia del gobierno de un Land. Pero actúa de oficio cuando la ley en cuestión fuera la base de una decisión de la Corte Constitucional. Los requerimientos mencionados pueden ser presentados en todo momento. Y quien los promoviere, debía comunicar de inmediato su petición al gobierno del Land o al gobierno federal. La norma prosigue indicando que la decisión por la cual la Corte Constitucional anula una ley por inconstitucionalidad, obliga a las autoridades competentes a publicar sin demora la anulación. Esta última tiene efecto a partir del día de su publicación, al menos que la Corte Constitucional fijase un plazo para su entrada en vigor, que no podía exceder de seis meses.



Por su parte, los arts. 141, 142 y 143 no se referían al control de constitucionalidad de normas, sino (el primero) a las impugnaciones que se realizaran contra las elecciones al Consejo Nacional, al Consejo Federal y a las dietas de los estados o provinciales y respecto de todas las asambleas representativas. También, a solicitud de alguna de aquellas asambleas, declaraba si alguno de sus miembros ha perdido su mandato. Los otros dos aludían al juicio de responsabilidad (llamado en otros países impeachment, "juicio político", etc.), por violación de la Constitución, respecto de los órganos supremos del estado federal o de los Länder. El art. 143 habilitaba al Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento penal de los funcionarios destituibles.

El art. 144 contemplaba, en favor de los administrados, una acción contra decretos y decisiones de la autoridad administrativa que violaran derechos garantizados por la Constitución, todo ello agotada previamente la vía administrativa. El fallo del Tribunal importaba la anulación del acto impugnado inconstitucional, y la obligación del organismo administrativo de aplicar el criterio del Tribunal Constitucional cuando dictaren la nueva decisión.

El art. 145 preveía la actuación del Tribunal o Corte Constitucional respecto de violaciones al derecho internacional, conforme lo dispusiera una ley especial; y el 146, señalaba que la ejecución de las sentencias del Tribunal incumbía al Presidente de Austria.

Digamos, para concluir, que el Tribunal Constitucional austríaco, con importantes modificaciones posteriores a las normas que hemos descripto, dura hasta la anexión, en 1938, de ese país a Alemania.

#### **2.4. Tercera corte. Liechtenstein, 1921. La constitución inadvertida**

De las constituciones de Checoslovaquia y Austria, y con relación a los tribunales constitucionales, es usual pasar sin más, en el tema que nos ocupa, a la de España de 1931, con su "Tribunal de Garantías Constitucionales". Muy pocos autores, en verdad, (12) reparan en la de Liechtenstein, del 5 de octubre de 1921, otorgada por el

Príncipe Juan II (se trata, en verdad, más de una "Carta" concedida por el monarca reinante, que de una constitución sancionada democráticamente). Reemplaza la anterior, de 1862.

Sin embargo, los artículos 104, 105 y 106 del referido texto de Liechtenstein instrumentan un "Tribunal de Estado" que en alguna medida rememora la Corte Imperial austríaca de 1867, pero con mayores aptitudes competenciales. Como se verá, erige un verdadero Tribunal Constitucional, que persiste hasta nuestros días, aunque con significativas reformas en 2003. Su escasa atención –si no olvido– por la literatura especializada se explica, probablemente, por la reducida gravitación política, jurídica, geográfica y poblacional del país donde funciona (un microestado de 170 km<sup>2</sup>. y cerca de 40.000 habitantes). Un indicador de esa omisión, por ejemplo, lo evidencia el libro *Nuevas constituciones del mundo*, publicado ya en segunda edición en Madrid en 1931 por editorial España, volumen que incluye las cartas de Alemania, Baviera, Prusia, Letonia, Lituania, Austria, Checoslovaquia y Uruguay, entre muchas otras, pero que no menciona a la de Liechtenstein.

Ateniéndonos a su versión constitucional original, el art. 104 declaró que una Corte de Estado sería establecida por una ley especial, como un Tribunal de derecho público con tres metas principales: a) proteger derechos acordados por la Constitución, b) decidir conflictos de jurisdicción entre las cortes judiciales y las autoridades administrativas, y c) actuar como órgano disciplinario respecto de los miembros del Gobierno. La norma agrega, como dato importante, que la Corte del Estado tendrá también jurisdicción para determinar si las leyes están en conformidad con la Constitución, y si los reglamentos del Gobierno están en conformidad con las leyes. De no superar ese test, la Corte podía declarar su anulación. Finalmente, el mismo artículo agrega otra competencia: la de actuar como corte administrativa y tribunal electoral.

El art. 105 se refirió a la integración de la Corte: se formó con un Presidente y otros cuatro vocales con voto. Sus miembros debían ser electos por la Dieta (Poder Legislativo) del Principado,



debiendo asegurar una mayoría de nativos de Liechtenstein. Dos de sus miembros debían ser versados en derecho. La elección del Presidente, nativo del lugar, estaba sujeta a la confirmación del Príncipe reinante.

El art. 106 concluyó que la Corte del Estado debía asegurar la protección de la independencia judicial.

Con un texto breve, pero preciso, la Constitución de referencia sentó las bases sustanciales de una Corte Constitucional, asignándole específicas de un órgano de ese tipo. Compendiaba en un texto sintético, por ejemplo, los roles que la constitución austríaca de 1920 detallaba mucho más en su articulado. Tal vez por razones de economía y por existir en el Principado muchas menos causas para resolver, su Tribunal de Estado va a operar también como Corte administrativa y electoral. En este aspecto, no responde al sueño kelseniano de tribunal muy especializado en lo constitucional, pero ello es explicable por las circunstancias cuantitativas que mencionamos.

Su mención, de todos modos, resulta obligada en la tríada delantera de las cortes constitucionales del globo.

## 2.5. Evaluación

De los tres primeros tribunales constitucionales en sentido propio, dos fueron programados por las constituciones –en ese orden– de Checoslovaquia y Austria, en 1920, y el tercero por la de Liechtenstein, en 1921.

Las dos iniciales, bajo el diseño de juristas distintos, coinciden en muchos temas, aunque tienen, cada una, un tratamiento singular del asunto. La Checoslovaca es más breve y erige una corte constitucional con menos despliegues competenciales que la de Austria, (13) que por cierto es, notoriamente, la más extensa y desenvuelta, de lejos la más citada y comentada en la vitrina del derecho comparado, y a la que Boris Mirkine-Guetzevitch llamó, en materia de control

de constitucionalidad, “más interesante” que la citada en primer término. La de Liechtenstein resume muy brevemente las funciones que la de Austria confía a su Tribunal Constitucional.

En estos tres documentos están las semillas de muchos tribunales constitucionales que después germinaron en todo el mundo.

## 2.6. La primera Sala Constitucional (Cuba, 1940)

La constitución cubana de 1940, extensa para la época, ha merecido elogios tanto por su calidad jurídica como por las libertades públicas y derechos sociales que enunciaba. Uno de sus aportes es el lanzamiento de un “Tribunal de Garantías constitucionales y sociales”, pero situado en el seno de la Corte Suprema de Justicia, como una Sala de ella.

a) Nombre y situación institucional. La denominación del organismo viene seguramente del “Tribunal de Garantías Constitucionales” creado por la constitución republicana de España de 1931, que en 1940 ya se encontraba extinguido (había concluido con el inicio de la guerra civil, 1936). El agregado de “y sociales” derivó de la competencia mixta que se le atribuyó a la Sala, para conocer en esta materia.

Respecto de su inserción en el ámbito de la Corte Suprema, llamada en la Constitución “Superior Tribunal de Justicia”, deriva probablemente de dos razones: a) la fuerte influencia del sistema norteamericano, tan próximo geográficamente, en torno al prestigio de la Corte Suprema y de la valoración de los jueces del Poder Judicial como sujetos idóneos para realizar el control de constitucionalidad. (14); b) lograr una fórmula de transacción política, ya que entre dos opciones de máxima (confiar ese control al Tribunal Supremo, o en cambio a un Tribunal extrapoder), la solución de pergeñar una suerte de Tribunal Constitucional, pero en el interior del Tribunal Supremo, como Sala del mismo, podía aparecer como una fórmula intermedia apta para conformar a los dos sectores en pugna. Así lo dispuso el art. 171 de la Constitución.



Sobre su conformación, el mismo precepto determinó que cuando trataba asuntos constitucionales, el "Tribunal" (Sala, como apuntamos), estaba presidida por el Presidente del Tribunal Supremo y se integraba, al menos, de quince magistrados. Pero si decidía en temas sociales, se formaba nada más que con nueve. El cuerpo, entonces, era curiosamente mutante, en función de los roles que podía desempeñar.

b) Actuación. Veamos cómo operaba el sistema de revisión de constitucionalidad. Formalmente, a tenor del art. 174 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia era el competente para "decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario". Pero según el art. 182, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (Sala del Tribunal Supremo), tenía a su vez competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en la Constitución, o que impiden el libre funcionamiento de los órganos del Estado. También, para atender las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en un juicio. Concomitantemente, era competente para resolver los recursos de hábeas corpus por vía de apelación cuando hubieran sido ineficaces ante otras autoridades o tribunales, o para decidir la validez del procedimiento y de una reforma constitucional, los recursos contra los abusos de poder y las cuestiones jurídico-políticas y de legislación social que la Constitución y la ley sometieren a su consideración. El control de constitucionalidad, en su faz decisoria, tendía pues a concentrarse en el referido Tribunal-Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, por dos razones: a) el Tribunal Supremo, en materias constitucionales, solamente operaba por medio del Tribunal de Garantías; b) los jueces debían concurrir ante el mismo, por consulta, si se planteare la inconstitucionalidad de algún precepto que tuvieran que aplicar en un proceso.

El art. 183 de la Constitución se refería a la legitimación procesal activa para acceder al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Por un lado estaban quienes podían hacerlo sin prestar fianza: el Presidente de la República, el Presidente y cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes y del Tribunal de Cuentas, los gobernadores, alcaldes y concejales, los jueces y tribunales, el ministerio fiscal, las universidades, los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la ley, y toda persona individual o colectiva afectada por un acto o disposición que considere constitucional. Prestando fianza, estaban en condiciones de litigar ante el Tribunal cualquier sujeto no comprendido en el listado precedente. De hecho, el sistema era, en ese asunto, tipo acción popular.

El último párrafo determinaba que una ley establecería el modo de funcionar de dicho Tribunal y el procedimiento para sustanciar los recursos que se interponían ante el mismo. (15) No obstante ello, los arts. 194 y 195 de la propia Constitución normaron ya el trámite "de la inconstitucionalidad". El primero especificaba quiénes podían pedir dicha declaración: "los interesados" en los juicios, causas o negocios que se tramitaren en la jurisdicción ordinaria o en las especiales; veinticinco ciudadanos; y todos los afectados por una disposición que estimasen inconstitucional. Ante alguno de estos supuestos, los jueces debían hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional. Y si estimaren inaplicable cualquier norma por reputar que violaba la Constitución, debían suspender el procedimiento y elevar el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, para que el mismo, una vez que resolviera el tema, devolviese el expediente al remitente para que continuara el procedimiento.

Algunos recursos de inconstitucionalidad (contemplados por los arts. 131, 164, 182 y 186 de la Constitución), se interponían directamente ante el aludido Tribunal de Garantías.

Los efectos de las sentencias del mismo eran terminantes: si declaraba la inconstitucionalidad de un precepto legal, o de una medida



o acuerdo gubernativo, eso obligaba al organismo, autoridad o funcionario que la dictó a derogarla inmediatamente. La disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional era considerada por el art. 194 de la Constitución "nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal". El art. 195, además, imponía al Tribunal Supremo, y al de Garantías Constitucionales y Sociales, publicar sin demora sus fallos en el periódico oficial pertinente. A mayor abundamiento, quien aplicase una norma, orden o medida declarada inconstitucional, sufriría pena de inhabilitación para el desempeño de cargo público (art. 194).

c) Epílogo. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba no tuvo un desempeño muy feliz. Recuerda Domingo García Belaunde, (14) que su ley reglamentaria N° 7 se dictó recién el 31 de mayo de 1949, y que tres años después, el golpe de estado de Fulgencio Batista puso en crisis al organismo. Resucitado por una "Ley constitucional" del 4 de abril de ese mismo año (art. 147 y ss.), hecha a medida del dictador, tuvo el triste papel, jueces serviles mediante, de acompañarlo durante su despreciado régimen. Después de la revolución castrista siguió formalmente vigente, bien con modificaciones (aunque en los hechos no actuara) hasta 1973. La Constitución marxista de 1976 lo eliminó definitivamente.

## 2.7. Recapitulación. Situación actual

Una síntesis de lo dicho hasta ahora, evidenciaría que, con el nombre de Tribunal Constitucional, el primer organismo así denominado, literalmente, fue el austríaco del 25 de enero de 1919, aunque sus funciones no fuesen todas las habitualmente propias en un cuerpo de ese tipo.

El primer tribunal constitucional, con mayor precisión y ajuste, y las principales competencias regulares de uno de ellos, fue el creado por la constitución de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920. De hecho, no obstante, su operatividad resultó mínima. El segundo, que tuvo el prestigioso apoyo intelectual y la participación como

juez de Hans Kelsen, y que sí operó en la práctica, ha sido el de la constitución austríaca del 1º octubre de 1920. Ambas cortes tuvieron inspiradores y textos constitucionales distintos, con competencias más amplias para la austríaca, por más que coincidieran en algunos puntos fundamentales. El tercero, con el rótulo de Tribunal de Estado, deriva de la constitución de Liechtenstein del 5 de octubre de 1921, y ha tenido, formalmente, continuidad ininterrumpida desde su creación.

La primera Sala Constitucional es el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales creado por la Constitución de Cuba de 1940. Bien pensado, recién entró en funciones nueve años después, y al cabo de unos pocos más cumplió el lamentable papel de amanuense de Fulgencio Batista. Mantenido en los papeles por el castrismo, desaparecería en los años setenta.

El curso de los tribunales y salas constitucionales ha sido variado.

a) Eclosión. Se han divulgado por los cinco continentes, y no siempre en países de óptima calificación democrática (Bielorrusia, v. gr.). (16) Contribuyen a esa difusión la idea de la constitución como norma operativa (tesis que consolida la necesidad de contar con un organismo estatal que vele por su efectiva y correcta aplicación); la calidad jurídica alcanzada por muchos de ellos (v. gr., Alemania, Italia, España, Austria); los avances de su activismo en la tutela de derechos sociales (Colombia, Sudáfrica), y su adopción por muchos Estados que estaban detrás de la "cortina de hierro", y de otros hoy separados de la ex Unión Soviética. Es la propuesta más adecuada, teóricamente, a un sistema eficiente y consolidado de justicia constitucional. Ello no impide que algunos de estos tribunales se sometieran a la influencia de presidentes y de partidos (v. gr., Perú, durante cierto período, y más crudamente, Venezuela, cuya Sala Constitucional bate récords de sumisión y pleitesía). Que en un Estado haya un Tribunal o Sala Constitucional no implica mágicamente, de por sí, que sea realmente idóneo e independiente. Ninguno de ellos tiene ángel custodio. Ninguno, tampoco, es inmune ante los virus de la obsecuencia y del fracaso.



Los motivos del lanzamiento de una corte o sala constitucional, bueno es advertirlo, no han sido siempre altruistas, ni iluminados puro amor al estado de derecho constitucional. Ocasionalmente, se han originado en "vendettas" de la clase política contra cortes supremas de tipo tradicional (con roles múltiples: casación, apelación extraordinaria, control de constitucionalidad), pero descalificadas socialmente, o simplemente opositoras al Congreso o al Presidente, y a quienes se las ha políticamente disminuido (y aún subordinado), mediante la erección de dichas cortes o salas constitucionales.

En algunos países federales, las cortes o salas constitucionales no han tenido recepción en el ámbito del gobierno central, pero sí en los estados, provincias o unidades federativas. Tal es el caso de México, donde nada menos que la mitad de los estados miembros han adoptado el sistema de salas constitucionales ubicadas en el interior de sus tribunales superiores locales. Incluso existen propuestas de reforma de la constitución federal, a fin de disciplinar en ese texto supremo de qué modo deberían instrumentar los Estados, obligatoriamente, dichas salas constitucionales, con el fin de mejorar su legitimidad, imparcialidad, independencia y gestión adecuada. (17) Otras federaciones, en cambio, han sido reacias en instrumentar la justicia constitucional especializada, tanto en el ámbito nacional como en el local. (18)

Falta mencionar, asimismo, algún proyecto tendiente a convertir un Tribunal Constitucional en Sala Constitucional de una Corte o Tribunal Supremo. Tal ha sido el caso de España, donde en 2018 el partido "Vox", según informa Confidencial Judicial (6/12/18), ha planteado una iniciativa en tal sentido, siguiendo -al parecer- ideas de Alejandro Muñoz Alonso, a fin de convertir su Tribunal Constitucional en Sala VI del Tribunal Supremo.

b) Heterogeneidad. La multiplicación de cortes y salas constitucionales ha corrido pareja con su diversidad, en temas como sus competencias específicas, modo de designación de sus jueces, duración en el cargo, etc. (19) Uno de los puntos controvertidos ha

sido, ocasionalmente, su inserción dentro del Poder Judicial, como una suerte de corte suprema paralela a otras (Alemania); o integrante, en términos amplios, de la "rama" judicial (Colombia, v. gr.). Tal metodología, desde luego, no agradaría a Hans Kelsen, que como vimos, prefería que los magistrados del Tribunal Constitucional tuviesen un perfil y un margen de actuación distintos al de los jueces comunes.

Dentro de esa policromía institucional, el caso de Salas constitucionales "mutantes" es llamativo. En Paraguay, por ejemplo, un caso asignado a su Sala Constitucional puede desembocar en el pleno de la Corte Suprema, a petición de cualquier juez de dicha Sala (art. 16, ley 609/95). En Honduras, al fallar un caso, de no haber unanimidad el seno de la Sala Constitucional, el expediente puede también derivarse a la Corte Suprema en pleno (Constitución, art. 316). Estas migraciones procesales importan, en definitiva, una suerte de "desfiguración de órgano": el conflicto asignado inicialmente a un cuerpo concentrado y especializado en lo constitucional, pasa a un órgano *tutti frutti*, como es la Corte total. Algo que Hans Kelsen tampoco aprobaría. Nada de esto conformaría a Kelsen, desde luego.

De vez en cuando, y so pretexto de inconstitucionalidad por omisión, se ha intentado conferir a un Tribunal Constitucional competencias insólitas, como dar aprobación ficta a iniciativas de leyes presentadas por el Poder Ejecutivo, pero no tratadas por el Parlamento en un plazo determinado. (20)

c) Roles nomogenéticos. Mediante el uso de sentencias "interpretativas", "manipulativas", "modulatorias", "exhortativas" o "atípicas", varias cortes y salas constitucionales han asumido papeles legisferantes activos, algunas veces induciendo a otros órganos del Estado a que legislen, mediante las referidas sentencias exhortativas, y otras legislando directamente, a través de sentencias que de hecho sancionaban normas. De vez en cuando, ello ha tenido autorización del constituyente, por ejemplo, respecto de la Corte Constitucional del Ecuador, habilitada por su Constitución para, en



casos de inconstitucionalidad por omisión, ante la contumacia del órgano respectivo en dictar la norma ausente, a sancionarla hasta que éste no lo haga (desempeño del tribunal o sala constitucional como legislador suplente y precario). (21)

En otros supuestos, la actividad nomogenética (incluso de modo directo) de cortes y salas constitucionales halla una importante justificación sociológica, axiológica y política, en reclamos sociales sobre el necesario establecimiento de reglas claras y legítimas, al par que impostergables, para tratar ciertos asuntos. De darse esa situación de demanda colectiva, un prolongado e inadmisibles ocio parlamentario da pie, y hasta provoca, que la jurisdicción constitucional legisle excepcionalmente sobre el asunto, y que incluso lo haga sin mucho disimulo, por medio de sentencias o incluso por decisiones normativas llamadas en ciertos países "acordadas" o "acuerdos", satisfaciendo así una suerte de evidente estado de necesidad comunitario de tipo normativo. (22) A todas luces, en principio todo esto tampoco conformaría al fundador de la escuela de Viena, aunque sería arriesgado conjeturar una decisión suya siempre y robóticamente condenatoria, planteado el tema hoy, y no cien años atrás, y siempre que la respuesta de los jueces constitucionales fuere intrínsecamente justa y útil.

Para concluir con este variopinto panorama, no olvidemos que, en plena fenomenología de hibridación, como la llama Lucio Pegoraro, cortes supremas al estilo estadounidense se metamorfosean –en parte– como tribunales constitucionales. Así, reducen en alguna medida su competencia general y la ciñen a temas constitucionales; y declaran manu militari (algunas veces por su propia autoridad y como entes supremos, intérpretes finales de la Constitución, y aun en ausencia de norma constitucional o legal que así lo disponga), que sus sentencias en materia de control de constitucionalidad deben ser seguidas por todos los tribunales inferiores. Ello produce que la ley así reputada inconstitucional no sea formalmente derogada, pero que ingrese a una especie de limbo jurídico donde, incluso de oficio, no debería ser cumplida por ningún órgano judicial. (23) En otros supuestos, reforma constitucional mediante, admiten

determinadas acciones directas de inconstitucionalidad, ante sus propios estrados, omitiendo en tales procesos a los tribunales inferiores, con la posibilidad de abrogar a la norma que reputasen inconstitucional.

### 3. CONCLUSIONES

La experiencia jurídica y política muestra que nadie es propietario de una idea. Hans Kelsen pudo diseñar a su tribunal constitucional como un modelo impecable y perfectamente lógico, muy en consonancia con su teoría pura del derecho, pero poco después (apenas unos años más tarde, como ocurrió ya en la misma Austria en 1925 y 1929), los operadores políticos, dueños del poder, demostraron tener autoridad para realizar adaptaciones, ampliaciones, restricciones, perfeccionamientos, actualizaciones, distorsiones, desfiguraciones y hasta perversiones respecto de la obra original. En definitiva, no hay dogmas en la materia, la variedad no es pecado y los mestizajes no están prohibidos: hasta pueden ser virtuosos.

Un tribunal o sala constitucional no es legítimo por ser prístino e intelectualmente incontaminado, sino por resultar conducente para lograr el bien común de una comunidad. En el fondo, prevalecerá el juicio de legitimidad por la utilidad, lo que implica el triunfo del pragmatismo, siempre que se satisfaga, además, al valor justicia. Asimismo, es harto conocido que, con normas y estructuras no del todo perfectas, pueden lograrse resultados provechosos, si los operadores las instrumentan honesta y adecuadamente. Y viceversa.

De todos modos, a cien años del lanzamiento del primer tribunal constitucional, y ochenta de la primera sala constitucional, justo es, de modo especial, y como figuras emblemáticas, rendir tributo a quien inició la idea a fines del Siglo XIX, por un lado, y a quien, por el otro, tanto hizo por elaborarla e instrumentarla, en el ámbito de una corte constitucional, incluso como juez de una de ellas, en los turbulentos años de la primera posguerra mundial. Georg Jellinek y Hans Kelsen, por cierto, merecen el profundo reconocimiento de todos nosotros.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) Chiappini, Julio E., Hans Kelsen, constitucionalista y juez constitucional, en prensa.

(2) Cfr. Lagi, Sara, Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1928-1929), en Revista Co-herencia, Medellín, Colombia, 2012, págs. 276- 277. La autora destaca que, con el tiempo, Jellinek y Kelsen difieren en sus bases ideológicas: el primero parte de una concepción antiparlamentaria postulando una Corte Constitucional vigilante de los excesos del Poder Legislativo, mientras que el segundo, en su libro Habilitationsschwift (1911) ratifica la actuación del Parlamento como "órgano del pueblo" y productor del derecho. La tesis del anticipo en treinta cinco años de Jellinek respecto de Kelsen, en materia de la erección de un tribunal constitucional, es de E. Palici de Suni (ver Pegoraro Lucio y Rinella Angelo, Derecho Constitucional Comparado. Sistemas de justicia constitucional, Buenos Aires 2020, Astrea, t. 4 pág. 65). Respecto del cúmulo de competencias reducido del Tribunal propuesto por Jellinek, ver Carpio Marcos, Edgar, Sieyes, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales, en Kelsen Hans, "Sobre la jurisdicción constitucional", Lima, 2017, trad. de Rolando Tamayo Salmorán y otros, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, págs. 195-6.

Como anécdota, cabe recordar que la relación en Heidelberg entre Jellinek y Kelsen no fue del todo cómoda. El último no asistió a otro curso académico que el de Jellinek, pero éste se rodeaba de "un círculo casi impenetrable de adoradores y admiradores, que sabían de manera increíble alabar su vanidad. Jellinek no soportaba la menor contradicción... Más aún, Kelsen cayó a poco en desgracia con Jellinek": Aladar Métall, Rudolf, Hans Kelsen. Vida y obra, México, 1976, UNAM, pág. 18. Agradezco a Julio E. Chiappini este aporte bibliográfico. No obstante, en otra oportunidad Hans Kelsen se habría definido como discípulo de Jellinek, al que llamó "Maestro inigualable": Carpio Marcos, Edgar, Sieyes, Jellinek, Kelsen..., ob. cit., pág. 208.

(3) Para conferir a dicho Tribunal Constitucional austríaco un control más intenso de normas y asumir plenamente una identidad de tal, habrá que esperar a la constitución austríaca del 1º de octubre de 1920: cfr. Langásek Tomas, Constitutional Court of the Czechoslovak Republic and its Fortunes in Years 1920-1948, extraído de Langásek Tomas, Ustavní soud Ceskoslovenské republiky a jeho osudy v letech 1920-1948. Pilsen, 2011, passim. Ver también Osterkamp Jana, Verfassungsgerichtsbarkeit in des Tschechoslowakei (1920-1939), Frankfort, Vittorio Klostermann ed., 2009, passim.

(4) Ver por ejemplo Lewandowsky, Bartosz, Frantisek Weyr (1879-1951), Zapomniany Normatywista, ("Frantisek Weyr (1879-1951, a Forgotten Normativist") en "Zeszyty Prawnicze", 2013, vol. 13-4. En el sentido de situar a Weyr como discípulo de Kelsen, ver por ejemplo Palomino Manchego, José F., El Tribunal Constitucional de Austria y su influencia en los ordenamientos hispanoamericanos (los primeros pasos), en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Flores Pantoja Rogelio (Coords.), "La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917", Querétaro, 2017, Instituto de Estudios Constitucionales, pág. 637.

(5) Cfr. Glejdura, Stefan, La nueva constitución de Checo-Eslovaquia, en "Revista de Estudios Políticos", Madrid, 1961, Instituto de Estudios Políticos, N° 117-118, págs. 191 y 192. La letra cursiva y las comillas figuran en el original.

(6) Cfr. Viveiros, Mauro, El control de constitucionalidad. El sistema brasileño como un modelo híbrido-dual. Tesis doctoral. Universidad Complutense. Madrid, 2011, págs. 61-62, con cita de Cruz Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Madrid, 1987, Civitas, págs. 290-297; Perez Tremps, Pablo, Tribunales constitucionales y Poder Judicial, Madrid, 1985, Centro de Estudios Constitucionales, passim.

(7) Algunos autores presentan a Jiri Hoetzel como un franco opositor a Hans Kelsen. Ver Olechowsky Thomas, The beginnings of constitutional Justice in Europe, en Michael Bark Madsen y Chris



Thornhill, "Law and the Formation of Modern Europe", Cambridge University Press, 2014, págs. 86/88.

(8) Langásek Tomas, Constitutional Court..., ob. cit., pág. 4. Sobre el papel desempeñado por Vaclav Joachim, Jiri Hoetzl publica un artículo en "Pravnik", Praga, 1928, p. 564, atribuyéndole la autoría de la Ley Constitucional de 1920, sobre el tema Tribunal Constitucional. Información suministrada por el profesor de la Universidad de Wroclaw, Polonia, Krystian Komplak.

(9) Seguimos aquí a Langásek Tomas, Constitutional Court..., ob. cit., págs. 5-9. Ver también Cruz Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), ob. cit., pág. 286 y ss.

(10) Cfr. Palomino Manchego José F., El Tribunal Constitucional de Austria..., ob. cit., pág. 652. Nos remitimos sobre el desempeño de Hans Kelsen en la Corte Constitucional a Chiappini Julio E., Hans Kelsen, constitucionalista y juez constitucional, en prensa, con un detallado recuento de las principales sentencias del Tribunal donde intervino Kelsen. Sobre la sentencia del 28 de julio de 1921, que nulifica una ley del Länd Tirol que invade competencias federales, cfr. Chiappini Julio E., Una sentencia de Kelsen que invalida una *lex fugitivae*, en "El Derecho. Legislación Argentina", Buenos Aires, 10/3/17, pág. 1.

(11) Cfr. Kelsen, Hans, El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana. Trad. por Domingo García Belaunde, en "Ius et Veritas", Lima, 1993, Asociación Ius et Veritas, N° 6, págs. 81-90. Es un texto posterior (1942), al famoso opúsculo de Kelsen, sobre La garantie juridictionnelle de la Constitution ("La Justice constitutionnelle"), aparecido en la "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger", París, 1928, vol. 38, págs. 197-259. La versión en español quizá más lograda es la incluida en Kelsen Hans, Sobre la jurisdicción constitucional, ob. cit., pág. 53 y sigs., donde plantea que la inconstitucionalidad de una ley puede provenir tanto por infringir el contenido como el procedimiento de

elaboración de una norma, previstos en la Constitución; y anticipa el caso de los tratados internacionales como prevalecientes sobre la Constitución (págs. 53, 59). Este mismo libro contiene, igualmente, el trabajo de Kelsen sobre el estudio comparado de las constituciones austríaca y alemana, que mencionamos al comienzo de esta nota.

(12) Nos hemos ocupado del Tribunal de Estado de Liechtenstein en nuestro Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, con varias ediciones, la última, 4ª, Buenos Aires 2016, Astrea, tercera reimpresión, t. 1 p. 68, en ocasión de atender a dicha corte como órgano jurisdiccional mixto, en el sentido de la posibilidad de haber estado integrado, en su momento inicial, tanto por jueces letrados como por legos.

(13) Olechowsky Thomas, The beginnings..., ob. y pág. cit. Sobre la opinión de Boris Mirkine-Guetzevitch, ver su prólogo a Las nuevas constituciones del mundo, 2ª ed., Madrid 1931, ed. España, pág. 33.

(14) Ver García Belaunde, Domingo, El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952), en "Boletín mexicano de Derecho Comparado", México, 2004, UNAM, N° 37, págs. 283-312.

(15) García Belaunde, Domingo, El Tribunal de Garantías... ob. y pág. cit.

(16) Ver, por ejemplo, Pegoraro, Lucio, Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último), en "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", Madrid, 2019, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, N° 23, págs. 43-86.

(17) López Sáenz Emanuel, La justicia constitucional local en México: un estudio de derecho comparado, México, 2019, Cámara de Diputados, Consejo Editorial, pág. 37 y ss., 175 y sigs. Generalmente las salas constitucionales de los estados de la federación mexicana se llaman, precisamente, "salas constitucionales", pero en Chiapas es "Tribunal de Justicia Constitucional" del Superior Tribunal de Justicia.



(18) Tal es el caso de Estados Unidos. En Argentina, solamente una provincia (la de Santiago del Estero), admite en su constitución la programación de una sala constitucional, en el seno del Superior Tribunal de Justicia local. En la provincia de Tucumán hubo en la constitución de 1990 un singular caso de Tribunal Constitucional, criticado en la doctrina especializada, pero nunca se implementó, y fue eliminado en la nueva constitución, hoy vigente. Ver Sagüés Néstor Pedro, Tucumán y su Tribunal Constitucional, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1992-C-1171.

(19) Cfr. Pegoraro Lucio, Control jurisdiccional vs. control político..., ob. cit., pág.60 y sigts. Nos remitimos, para el área respectiva, a Sagüés Néstor Pedro, El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina, México, 2004, Porrúa, pág. 37 y sigts.

(20) Cfr. Constitución de la provincia de Tucumán (Argentina) de 1990, art. 134 inc. 2º.

(21) Sobre el art.436 de la constitución de Ecuador y algunas normas próximas en estados de la federación mexicana, con el desempeño de la corte o sala constitucional como legislador suplente y precario, cfr. Sagüés Néstor Pedro, La constitución bajo tensión, Querétaro, 2016, Instituto de Estudios Constitucionales, pág. 243 y ss.

(22) Ver sobre el tema, en este caso respecto de una corte suprema, pero cumpliendo papeles de control de constitucionalidad, Sagüés Néstor Pedro, El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema, en Revista Jurisprudencia Argentina, 2018-III-1358.

(23) En cuanto los casos "Cooper vs. Aaron", de la Corte Suprema estadounidense, y "Farina", en la Corte Suprema argentina, reiterando el deber de seguimiento de los tribunales inferiores de la doctrina sentada por aquellos tribunales supremos, v. Sagüés Néstor Pedro, Un tema recurrente: el efecto expansivo de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Novedades significativas, en Revista Jurídica La Ley, 29/6/20, pág. 2.

## ACTO DE RECONOCIMIENTO AL PROFESOR NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS





## RESEÑA HISTÓRICA DE LA PRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sintetizar la producción bibliográfica del profesor Néstor Pedro Sagüés, implica referirse a una compilación de las principales obras del Derecho Procesal Constitucional; la esfera literaria que nos oferta tan renombrado jurista, debe entenderse en términos de fomentar la investigación y sapiencia de un incontable catálogo de libros, artículos, ensayos o documentos académicos, que guardan correspondencia del conocimiento técnico sobre procesos constitucionales, concebidos en beneficio de las garantías y defensa de los derechos fundamentales.

Un documento de revisión y consulta bibliográfica, empleado en la cotidiana magistratura constitucional, es compartida por el profesor Sagüés; acompañada de sus cuatro tomos y bajo el título de **Derecho Procesal Constitucional**, se profundizan institutos jurídicos, entre ellos, los presupuestos jurídicos del control de constitucionalidad acopiado a una tonalidad comparada, la tipología de acciones y su doctrina, la configuración del recurso extraordinario, características de amparos especiales, el hábeas corpus y habeas data, trazándola -en los hechos- en ejes de una verdadera contribución escrita al ejercicio de la jurisdicción constitucional. Las indicaciones propuestas en las páginas de esta radiografía adjetiva, fue complementada por otros escritos del notable profesor, tal es el caso de títulos académicos centrados en **Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos** (2008) o **Compendio del Derecho Procesal Constitucional** (2009), opciones más específicas entre la infinidad de sus seguidores, si pretende anhelarse la especialidad de esta disciplina jurídica.

Con el libro **Derecho Constitucional**, aparejada a tres tomos, se complementan contenidos adjetivos constitucionales; resultan cotejados entendimientos legales sobre el poder constituyente o su cobertura, juntamente a criterios sistemáticos que atingen a la fuente, establecimiento, modificación, suspensiones, extinción y jerarquía de la Constitución; verbigracia, es valiosa la enseñanza del profesor Sagüés en la semblanza de la jurisdicción constitucional, siendo base metodológica en la interpretación jurídica del control de

convencionalidad, además de la moderna clasificación de derechos y deberes constitucionales.

Entre lectores y entusiastas investigadores, la edición del libro **La interpretación judicial de la Constitución: De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada** (2016) promueve una actividad judicial minuciosa; párrafos expuestos del profesor Sagüés, desarrollan mutaciones constitucionales consumadas por vía interpretativa, los alcances de la interpretación previsor o consecuencialista, el empleo del dato sociológico y del intérprete externo en la interpretación constitucional nacional. En síntesis, el legajo bibliográfico (libros, ensayos, investigaciones, artículos, ponencias y demás contribución) del literato Sagüés construye una línea pedagógica del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica y el mundo; en definitiva, obras admiradas y elogiadas entre los condiscípulos del Derecho, pues -en tiempos de exigible especialización jurisdiccional- favorece las habilidades funcionales del abogado y juzgador constitucionalista.

## PALABRAS AL MOMENTO DE LA ENTREGA DEL RECONOCIMIENTO





Por el legado literario, reflejado en textos académicos que sirven de reflexión en diferentes problemas legales y enfoques de interpretación constitucional, además de la amplia trayectoria práctica en la configuración nacional e internacional del Derecho Procesal Constitucional, es un verdadero privilegio honrar a Néstor Pedro Sagüés con una meritoria **DISTINCIÓN** e insigne **MENCIÓN** denominada **RECONOCIMIENTO INSTITUCIONAL AL MÉRITO ACADÉMICO CONSTITUCIONAL**, un promotor de los modernos valores jurídicos que proyectan la comprensión amplia, concreta e identificable del procedimiento constitucional patrio y extranjero; su trabajo íntegro, genera conciencia en la labor de impartición de justicia en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Con sus herramientas bibliográficas o prácticas académicas, puestas a entero conocimiento de lectores, renueva la esperanza e interés por invocar conceptos estelares del Derecho Procesal Constitucional, optimizándose la materialización de derechos fundamentales y concreción de las garantías en favor del justiciable; reafirmamos su ímpetu de, a través de la secuela de incontables aportes educativos o pedagógicos, afianzar los hilos del diálogo constitucional entre países que apuestan por un ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad en unidades jurisdiccionales propias. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia valora su firme compromiso con la formación de doctrina jurídica y en la presente jornada, celebrando un siglo o centenario de las primeras Salas Constitucionales, ha decidido homenajear su tesis literaria concediéndole una nominación primigenia en nuestro país andino, con plena justificación a tan irremplazable cátedra constitucionalista y procesalista.

## PRESENTACIÓN DE LIBROS



## PRESENTACIÓN DEL LIBRO

### “JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL”



*Autor: Paul Enrique Franco Zamora*

Los derechos fundamentales en materia laboral y social, reconocidos por diferentes instrumentos normativos del Derecho Doméstico y Convencional, se encuentran insertos en la economía jurídica boliviana; el catálogo de derechos o garantías, positivados en favor del trabajador y contextualizados en las relaciones obrero-patronales, se dilucidan en la obra del MSc. Paul Enrique Franco Zamora, autor del libro “**Justicia Constitucional en Materia Laboral y Social**”, su sistematización jurisprudencial constituye una solución paliativa a la dispersión de la norma laboralista nacional y de los componentes de la seguridad social.



La consistencia literaria fue elogiada por el Presidente Internacional de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Dr. Iván Campero Villalba, quien, tras una síntesis de las páginas cotejadas y acentuando el sumun analítico constitucional del Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional expresó, "... estos elementos modernistas dentro del ámbito del Derecho del Trabajo son analizados, a través de ocho ejes temáticos que nos presenta el autor, pero, además nos abre una ventana académica importante. De allí, la virtud fundamental de esta obra es que, cuando el derecho fundamental al trabajo busca una tutela constitucional, el ejercicio del control de constitucionalidad tendrá que ser progresivo, conjuntamente la interrelación que, en la actualidad, el trabajo posee con la Constitución..."

## PRESENTACIÓN DEL LIBRO

### "COMPENDIO JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO"



**Autor: Carlos Alberto Calderón Medrano**

A la conclusión de la segunda jornada académica del II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: MIRADAS DIALÓGICAS, REFLEXIONES, RETOS Y DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL - "En conmemoración al centenario de las primeras Salas



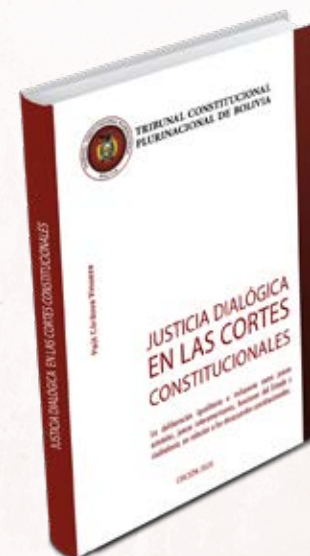
Constitucionales", el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, MSc. Paul Enrique Franco Zamora, tuvo el grato honor y loable predisposición de efectuar la presentación oficial de un nuevo documento bibliográfico institucional, titulado "Compendio Jurisprudencial Constitucional y su Incidencia en el Sistema Penal Boliviano", cuya autoría y producción intelectual corresponde al MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano, Magistrado del TCP, electo por el departamento de Santa Cruz.

Franco Zamora resaltó el compromiso colegiado de patrocinar y promocionar este tipo de investigaciones que –a la postre– se constituyan en obras de consulta en estudiosos y sedientos de conocimientos respecto al sistema normativo penal y del poder punitivo. Conforme a una visión constitucional, la sistematización prolifera una conducente protección y tutela de derechos fundamentales, a más de optimizar el análisis academicista de las garantías jurisdiccionales en territorio boliviano.

"...Este compilado estructural, contiene muchas Sentencias Constitucionales Plurinacionales que constituyen el basamento del avance del Derecho Procesal Penal (...). Recordemos que, desde el avenimiento del Código Procesal Penal, fue precisamente la jurisprudencia constitucional la que desarrolló muchos institutos o categorías jurídicas, y generó un despegue de la vitalidad jurisprudencial; en particular, este tipo de trabajos es de importancia para ejercer de manera objetiva y material el derecho la defensa...", destacó el Presidente del TCP.

## PRESENTACIÓN DEL LIBRO

### "JUSTICIA DIALÓGICA EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES"



**Autor: Paúl Córdova Vinueza**

El análisis, comentario y presentación del libro Justicia Dialógica en las Cortes Constitucionales, conexas a la programación y desarrollo del presente Congreso Internacional, estuvo a cargo del MSc. Paul Enrique Franco Zamora, presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia; la investigación expuesta en tan magna obra, es fruto de la capacidad intelectual de Paúl Córdova Vinueza quien, en una diversificación de tres capítulos, puntualiza las más álgidas situaciones jurídico-sociales dirimidas por los juzgadores constitucionales, toda vez que la solución de problemas jurídicos depende de un proceso interactivo dialógico, abarcando la comprensión de la realidad.



## PALABRAS DE CLAUSURA

En frases académicas del presidente del TCP, "...el autor se viene caracterizando como uno de los principales exponentes en el país hermano del Ecuador, de la construcción del Derecho Constitucional, del Derecho Procesal Constitucional, del Derecho Convencional. A través de ello, trasciende fronteras y, pues, el grado de influencia que ahora tiene el profesor Paúl Córdova Vinueza es amplio y abarca no solamente su tierra natal, sino también se lo considera en muchos otros países de Latinoamérica...".

Por gestiones de Franco Zamora, la obra escrita por el brillante académico Córdova Vinueza, se encuentra disponible -en forma gratuita- ingresando a los enlaces de la página del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional (<https://academia.tcpbolivia.bo/>), del Tribunal Constitucional Plurinacional (<https://tcpbolivia.bo/apectcp/publicaciones>) y de su Aula Virtual (<https://campus.tcpbolivia.com/>); finalmente, el profesional literario quedó agradecido con el esmero desempeñado y dedicación, al reflejarse una constante pedagogía constitucional de protección de los derechos fundamentales y un paradigma institucional a seguir.

En primer lugar, es un beneplácito manifestar a la audiencia que la realización de este "II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: Miradas Dialógicas, Reflexiones, Retos y Desafíos de la Jurisdicción Constitucional" superó por mucho las expectativas iniciales del Tribunal Constitucional Plurinacional como entidad organizadora, porque es un hito en la historia de nuestra instrucción el haber realizado un evento académico que ha despertado tanto interés del público y en el que se inscribieron más de catorce mil personas, quienes pudieron beneficiarse con los conocimientos impartidos y las experiencias compartidas por parte de un excelso plantel de expositores reconocidos por su mérito profesional y académico a nivel nacional e internacional.

Este Congreso fue público y gratuito, y como toda actividad pública, el principal indicador que nos permite afirmar que fue un éxito rotundo es el gran impacto social que ha tenido, no solo por la gran cantidad de inscritos, sino también porque durante el desarrollo de estas tres jornadas académicas se pudo visualizar una activa participación del público en las transmisiones, quienes se permitieron reflexionar sobre los temas abordados y expresar sus opiniones y preguntas, las cuales fueron valoradas y seleccionadas para permitir a cada expositor tener una comunicación asincrónica con los espectadores.

Los resultados del Congreso superaron con creces sus costos y merecieron todo el esfuerzo y sacrificio que conllevaron su organización y ejecución, ya que permitió impartir pedagogía constitucional, generar cultura constitucional, materializar un productivo espacio de capacitación académica y de reflexiones, compartir producción intelectual traducida en el material bibliográfico compartido y presentado al público, y -especialmente- reforzar en el imaginario social la importancia de la jurisdicción



constitucional para consolidar el Estado Constitucional de Derecho, representando un justo homenaje a los cien años de desarrollo de la jurisdicción constitucional y el Derecho Procesal Constitucional.

Todos los temas abordados durante el Congreso se enmarcaron en reflexionar la evolución histórica de la jurisdicción constitucional, repensar los alcances y la finalidad del control de constitucionalidad, analizar la funcionalidad de las regulaciones sobre las acciones y recursos constitucionales, visualizar diferentes perspectivas sobre la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a través del bloque de constitucionalidad, y pensar la importancia de la jurisprudencia constitucional para el progreso del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisdicción constitucional. Todas las temáticas expuestas tuvieron un solo e inequívoco norte, el de compartir ideas y propuestas académicas para mejorar y promover la evolución de la jurisdicción constitucional y del Derecho Procesal Constitucional que, a pesar de cumplir cien años, es un conocimiento novel en comparación de los cientos de años de evolución y consolidación del derecho procesal ortodoxo o clásico, siendo importante rescatar la idea de que actualmente todas las ramas del derecho se encuentran en gran medida influenciadas e irradiadas por el pensamiento constitucional a partir del principio de supremacía constitucional y el deber de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales.

A nombre del Tribunal Constitucional Plurinacional debo agradecer al público por su interés y la tan grande recepción de este evento académico, lo cual refleja la gran cultura constitucional que se viene consolidando en la sociedad, que es un pilar fundamental para el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho y representa una esperanza para el progreso humano con base en el respeto de aquellos valores y principios más nobles que pudo producir el pensamiento racional del ser humano, no pudiéndose olvidar que el origen contemporáneo de las actuales Constituciones Políticas del Estado no es otro que el pacto social arribado a través de la participación democrática de la población, que refleja aquella cultura constitucional y sus perspectivas de progreso; por lo que,

cualquier intención de fortalecer la cultura constitucional merece todo el esfuerzo y trabajo institucional que el Tribunal Constitucional Plurinacional pueda ofrecer.

También merece especial agradecimiento la participación y el desprendimiento de todos los expositores, sin cuyas participaciones no hubiera sido posible llevar adelante este exitoso evento académico; a nombre del Tribunal Constitucional les hago llegar una sincera felicitación por tan magistrales exposiciones, los invito a participar en futuros eventos académicos organizados por la institución y a visitarnos en cuanto tengan la oportunidad, ya que las puertas de este Tribunal siempre estarán abiertas para ustedes.

Finalmente, resalto y agradezco el esfuerzo de todo el equipo de servidores públicos que organizaron y que, a través de su esfuerzo y sacrificio, fueron el principal soporte de la realización del Congreso, así también agradezco el interés de mis colegas Magistrados que participaron activamente en este evento académico, cuyos aportes fueron importantes y ponderados por el público que nos acompañó a lo largo de estas tres jornadas.

Con estas palabras, tengo el honor de clausurar este magno "II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: Miradas Dialógicas, Reflexiones, Retos y Desafíos de la Jurisdicción Constitucional" y hago conocer a las personas inscritas que registraron su asistencia que en los próximos días podrán descargar su certificado de participación y al público en general que en breve estará gratuitamente a su disposición la memoria del evento, que sin duda se constituirá en un importante documento de consulta para las personas interesadas en el Derecho Procesal Constitucional; así, con los mejores deseos de salud y bienestar para todos ustedes y sus seres queridos, y esperando mejores días, me despido cordial y respetuosamente de todos ustedes.

MSc. Paul Enrique Franco Zamora  
**PRESIDENTE**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA



Av. del Maestro N° 300



(+591-4) 64-40455 \* Fax 64-21871



Línea gratuita 800-10-2223



[www.tcpbolivia.bo](http://www.tcpbolivia.bo)



[tcp@tcpbolivia.bo](mailto:tcp@tcpbolivia.bo)



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia



@TCP\_bolivia